

Nº 42985



CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA Nº 067-2017

A LAS DIECISÉIS HORAS DEL 18 DE SETIEMBRE DEL 2017

SAN JOSÉ, COSTA RICA

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

Acta de la sesión ordinaria número 067-2017, celebrada en la sala de sesiones José Gonzalo Acuña González, a partir de las dieciséis horas del 18 de setiembre del dos mil diecisiete.

Presentes los señores Gilbert Camacho Mora, Hannia Vega Barrantes y Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, todos Miembros Propietarios.

Participan los funcionarios Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo, Jorge Brealey Zamora, Rose Mary Serrano Gómez, Mercedes Valle Pacheco, Ivannia Morales Chaves y Lizbeth Ulett Álvarez, Asesores del Consejo.

ARTÍCULO 1

APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA

De inmediato, el señor Gilbert Camacho Mora da lectura al orden del día, e indica que al amparo de lo que se establece en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley General de Administración Pública, se hacen necesarios los siguientes ajustes:

Adicionar:

- 1 Actuaciones de Regulador General con respecto al tema de telecomunicaciones móviles
- 2 Dentro del punto 3.1 se analizará informe sobre las acciones comunicacionales

Posponer:

1. Solicitud de presupuesto extraordinario No. 01-2017 presentado por el Fideicomiso del Banco Nacional de Costa Rica, mediante oficio FID-2448-2017 (NI-10340-2017)

ORDEN DEL DÍA

1 - APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA

2 - APROBACIÓN DE ACTAS

- 2.1 *Acta sesión extraordinaria 063-2017*
- 2.2 *Acta sesión ordinaria 064-2017*

3 - PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MERCADOS

- 3.1 *Informe observaciones consulta pública mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles*

4 - PROPUESTAS DE LOS SEÑORES MIEMBROS DEL CONSEJO

- 4.1 *Revisión de lo actuado en el oficio 742-RG-2017 en relación con la desconcentración máxima de la Superintendencia de Telecomunicaciones*

5 - PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FONATEL

- 5.1 *Solicitud de presupuesto extraordinario No. 01-2017 presentado por el Fideicomiso del Banco Nacional de Costa Rica, mediante oficio FID-2448-2017 (NI-10340-2017).*

Conocido y discutido el orden del día, los señores Miembros del Consejo, por unanimidad, resuelven:

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

ACUERDO 001-067-2017

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

ARTICULO 2

APROBACIÓN DE LAS ACTAS

2.1 Acta de la sesión extraordinaria 063-2017.

Seguidamente, el señor Gilbert Camacho Mora presenta la propuesta del acta de la sesión extraordinaria 063-2017, celebrada el 4 de setiembre del 2017. Después de su lectura y realizados algunos cambios de forma, el Consejo por unanimidad resuelve.

ACUERDO 002-067-2017

Aprobar el acta de la sesión extraordinaria 063-2017, celebrada el 4 de setiembre del 2017.

2.2 Acta de la sesión ordinaria 064-2017.

Seguidamente, el señor Gilbert Camacho Mora presenta la propuesta del acta de la sesión ordinaria 064-2017, celebrada el 6 de setiembre del 2017. Después de su lectura y realizados algunos cambios de forma, el Consejo por unanimidad resuelve.

ACUERDO 003-067-2017

Aprobar el acta de la sesión ordinaria 064-2017, celebrada el 6 de setiembre del 2017.

ARTÍCULO 3

PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MERCADOS

3.1 Informe observaciones consulta pública mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

Ingresan los funcionarios Deryhan Muñoz Barquero, Daniel Quirós Zúñiga, Raquel Cordero Aráica y Silvia León Campos, de la Dirección General de Mercados para participar durante el conocimiento del siguiente tema.

Igualmente, ingresan las funcionarias Lizbeth Ulett Álvarez e Ivannia Morales Chaves, Asesoras del Consejo.

Procede el señor Presidente a presentar al Consejo los siguientes documentos:

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

1. Oficio 7708-SUTEL-DGM-2017, de fecha 14 de setiembre del 2017, mediante el cual la Dirección General de Mercados rinde informe sobre las observaciones recibidas, en el marco de la consulta pública llevada a cabo entre el 17 de agosto y el 06 de setiembre, del 2017, referente a la *"Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores"*.
2. Oficio 7719-SUTEL-ACS-2017, de fecha 18 de setiembre del 2017, mediante el cual la funcionaria Ivannia Morales Chaves, Asesora del Consejo, rinde su informe de acciones comunicacionales en el marco del proceso de consulta pública de la *"Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones"*.

Cede la palabra a la funcionaria Muñoz Barquero para que proceda con la presentación respectiva.

La funcionaria Muñoz Barquero señala que el informe 5972-SUTEL-DGM-2017, se sometió consulta pública entre el 17 de agosto y el 6 de setiembre del 2017, se recibieron 10.256 posiciones de usuarios y 9 posiciones de instituciones, asociaciones y/o operadores, agrega que aún se reciben observaciones, las cuales ya no se incluyen en el informe, aunque sí se les está dando respuesta por parte de la Dirección General de Mercados.

Destaca que la gran mayoría de las observaciones están relacionadas con una presunta fijación tarifaria del cobro por descarga o bien del establecimiento de la política de uso justo; básicamente se refieren a esquemas o plantillas que se hicieron circular en redes sociales y todas hacían referencia a los mismos elementos. El equipo de trabajo identificó 5 plantillas y dos pretensiones particulares, una relacionada con la existencia de un órgano de telecomunicaciones accesibles a todas las personas y la otra con la petición de que la Sutel no dejara de regular el mercado.

Brinda un detalle de cada una de las valoraciones llevadas a cabo por parte de las principales instituciones que se han pronunciado sobre el documento puesto en consulta, a saber: GSMA, Cámara de Infocomunicación y Tecnología (INFOCOM), Telefónica de Costa Rica TC, S. A. (TELEFÓNICA), Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones (ASJET), Claro CR Telecomunicaciones, S. A. (CLARO), Defensoría de los Habitantes, Viceministerio de Telecomunicaciones y Unión de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial Privado (UCCAEP).

Finaliza su exposición resumiendo las conclusiones y recomendaciones para cada una de las observaciones recibidas por las instancias mencionadas en el párrafo anterior, así como las recomendaciones generales para que el Consejo emita el respectivo acuerdo.

A las 17:00 ingresa a la sala de sesiones la funcionaria Rose Mary Serrano Gómez, Asesora del Consejo.

El señor Ruiz Gutiérrez se refiere a la conveniencia de aclarar algunos elementos con respecto a la consulta de la Defensoría de los Habitantes.

El señor Camacho Mora agradece el esfuerzo realizado por el equipo de profesionales de la Dirección General de Mercados, de Comunicación Estratégica de la SUTEL y el apoyo de los Asesores.

El funcionario Jorge Brealey Zamora señala que de las observaciones que se recibieron durante la consulta, la cuestión del asunto es esencialmente técnico-económico, en virtud de que la existencia del grado de competencia efectiva del mercado es una comprobación fundamentalmente técnica, relativo al motivo del

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

acto, que es el vínculo jurídico. De ahí que el equipo económico ha hecho un buen esfuerzo y jurídicamente y desde la perspectiva de control judicial, lo que debe quedar bien desarrollado es la motivación del acto que refleje en forma razonable y proporcionada que en efecto los argumentos técnicos de SUTEL son suficientes.

La funcionaria Serrano Gómez señala que es un proceso y no una decisión, y lo que se está recomendando es el reconocimiento de las condiciones existentes y de que en adelante, el regulador debe continuar en la línea de fortalecer los mecanismos ex post, el seguimiento de los paquetes y ofertas que se van a dar y la disponibilidad de los paquetes en los operadores y la SUTEL, brindar a los usuarios nuevas herramientas para la toma de decisiones.

La funcionaria Morales Chaves señala que se trata de un trabajo intenso, el documento es robusto. Al incorporar los cambios se da consistencia al informe propuesto. El trabajo realizado fortalece la imagen de la SUTEL y contribuye a reforzar su labor como Autoridad sectorial de competencia. Se refiere a la depuración del documento a efecto de que no quede ningún elemento con inconvenientes de forma.

La funcionaria Valle Pacheco extiende una felicitación al grupo de trabajo por la labor realizada.

Retoma la palabra el señor Ruiz Gutiérrez, quien señala algunos elementos genéricos; indica que hoy es un día trascendental para la SUTEL y el quehacer regulatorio del sector telecomunicaciones. Hoy se tiene gran satisfacción por el aglutinamiento de recursos muy valiosos, con un sólido documento que refleja el quehacer regulatorio. Se culmina una tarea que nace con la creación de la Sutel, tomando decisiones sobre un mercado que hoy se puede medir. Considera que en un futuro esta labor va a ser rutinaria y así reconocida por los actores externos. Le parece que por la amplia divulgación que tuvo el trabajo, nadie solicitó una ampliación de los plazos, salvo la Defensoría de los Habitantes y se demostró en las reuniones conjuntas con esa Institución que no era necesario, confirmando que la SUTEL estaba en lo correcto en cuanto a los amplios plazos otorgados.

Le preocupa que en este país la participación ciudadana no es todavía lo suficientemente informada, pues el derecho debe ser ejercido de forma responsable. Diligentemente se les contestó a todos los ciudadanos que enviaron sus observaciones, dentro de un proceso de consulta que es normal y natural en la vida de cualquier regulador.

Señala que desde el punto de vista de algunas observaciones recibidas, siente que queda demostrado la solidez técnica y que no se trata de una materia al alcance de toda la población, no son temas vanales, como lo demuestran algunas observaciones que se recibieron, quedando demostrado que no es un tema sencillo, pues requiere de alta especialización, conocimiento y si de algo se vanagloria la Sutel, es el de contar con el recurso humano con la experiencia y capacitación para tomar una serie de decisiones a lo interno que conducen a conclusiones que demuestran el porqué Costa Rica está posicionado donde está, en materia de reguladores internacionales, donde organismos internacionales califican y ubican a esta Superintendencia en posiciones de privilegio en muy corto plazo luego de la apertura. Agrega que no está hecha toda la tarea, se debe seguir luchando e insistiendo por el mejoramiento de las velocidades en los servicios de telecomunicaciones, se han logrado pequeños avances, no es lo que el pueblo requiere, se debe seguir insistiendo, esto es uno más de una serie de procesos regulatorios que se han venido haciendo, y debe quedar claro que Sutel no trabaja solo para ver si existen condiciones de competencia efectiva, para ver si hay dominancia por parte de uno o un grupo de operadores, eso solo una de las labores que se están haciendo.

Manifiesta que desde el punto de vista de algunos argumentos que tratan de enlodar esa posición, que tratan de disminuir el conocimiento técnico de la institución y su experiencia, siente que el documento demuestra a cabalidad la especialización que se requiere y se debe seguir haciendo el esfuerzo de comunicar que Sutel es el referente, la autoridad regulatoria, a quien le corresponde establecer las

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

estadísticas del sector, y el sector va caminando. Este es uno más de los mandatos de ley que el pueblo ordena a la Institución mediante un referéndum, independientemente de las afiliaciones políticas o maneras de ver los enfoques económicos y otras materias. La ley establece lo que se debe hacer y se está cumpliendo.

Agrega que desde ese punto de vista, siente que esa garantía que da el haber participado y cumplido con este proceso institucional y haber culminado en este sólido informe, donde se traducen las condiciones que se han podido identificar, que se han podido medir y que permiten el día de hoy poder tomar una decisión, le motiva a indicar que no se está haciendo nada diferente al mandato regulatorio que se debe cumplir, que se viene haciendo de la mejor manera, de forma profesional y eso es lo que tiene que blindar a la Institución de campañas y ataques que obedecen a elementos que no son apegados a la ciencia que debe regir. Finaliza su exposición agradeciendo al equipo el esfuerzo realizado.

La señora Hannia Vega Barrantes se refiere a las labores del equipo institucional. Señala que la información es suficiente y los datos técnicos son sólidos. Deja constancia de su agradecimiento al trabajo técnico de los equipos y del Consejo; señala que sin lugar a dudas se toman decisiones a partir de documentos y estudios técnicos (3 documentos técnicos: informe de resultado de la consulta, informe de resultado proceso de divulgación e informe final técnico), por lo que no caben valoraciones de otro tipo. Por lo anterior, aprovecha para agradecer la calidad técnica del equipo redactor, en particular durante el proceso en que le correspondió participar.

Agrega que con el fin de motivar su voto, se dio a la tarea de plantearse las 8 preguntas que los ciudadanos se hacen e identificar en los documentos disponibles y con la información y datos que tuvo a mano, logró contestarse una a una, así que se da por satisfecha y fundamenta su voto de la siguiente manera:

1.- Porqué la SUTEL está obligada a declarar los mercados minoristas en competencia

El marco jurídico establece:

a.- *El artículo 73 de la Ley 7593 establece como función del Consejo de la Sutel:*

"[...] i) Determinar la existencia de operadores o proveedores importantes en cada uno de los mercados relevantes y tomar en cuenta los criterios definidos en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, N.º 7472, de 20 de diciembre de 1994, y sus reformas. [...]"

b.- *El artículo 73 inciso i) de la Ley 7593 para definir los mercados relevantes de telecomunicaciones la SUTEL debe seguir los criterios establecidos en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley 7472).*

c.- *El artículo 75 inciso b) de la Ley 7593 define que es competencia de la SUTEL: definir y analizar los mercados relevantes del sector telecomunicaciones; determinar la existencia de operadores o proveedores importantes; imponer a los operadores y proveedores importantes las obligaciones correspondientes*

d.- *La competencia efectiva se define de conformidad con el artículo 6 inciso 7) de la Ley 8642 como aquella "circunstancia en la que ningún operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones, o grupo de cualquiera de estos, puede fijar los precios o las condiciones de mercado unilateralmente, restringiendo el funcionamiento eficiente de este, en perjuicio de los usuarios".*

e.- *Debe entenderse por operador o proveedor importante de conformidad con el artículo 6 inciso 17) de la Ley 8642 a aquellos "que tienen la capacidad de afectar materialmente, teniendo en consideración los precios y la oferta, los términos de participación en los mercados relevantes, como resultado de controlar las instalaciones esenciales o hacer uso de su posición en el mercado".*

f.- *Por su parte el Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones (en adelante RAIRT) en su artículo 12 señala:*

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
 18 de setiembre del 2017

"[...] El Consejo de la Sutel determinará el mercado relevante sobre la base de los criterios que se describen en el artículo 14 de la Ley 7472 y de conformidad con lo establecido en los incisos b) e i) del artículo 73 de la Ley N° 7593, dicho Consejo determinará de oficio, una vez vigente este reglamento, mediante resolución motivada, los mercados relevantes [...]"

Para la determinación de los operadores y proveedores importantes la SUTEL podrá tomar en cuenta los siguientes elementos:

"a. Una cuota del mercado del operador o proveedor superior al 25%, determinada por la Sutel dependiendo del mercado del que se trate, ya sea por número de clientes, volumen físico de ventas (tráfico), ingresos o cualquier combinación de estas u otros factores que así considere la Sutel. b. Control de instalaciones esenciales. c. Superioridad o ventajas tecnológicas que no sean fácilmente adquiribles por uno o más de los operadores o proveedores distintos del posible operador o proveedor importante. d. Economías de escala. e. Integración vertical del operador o proveedor. f. Red de distribución y venta muy desarrollada. g. Ausencia de competencia potencial. h. Obstáculos a la expansión de las operaciones de otros operadores o proveedores. i. Exclusividad o dominio en una zona geográfica específica. Los costos de desarrollar canales alternativos o de acceso limitado".

En resumen, entendemos que el mandato estableció en la ley es que el mercado de las telecomunicaciones se caracterizaría por ser un mercado cuya prestación de servicios se daría en una situación de competencia.

Es por lo anterior que la Ley General de Telecomunicaciones establece dos escenarios luego de la apertura del mercado de telecomunicaciones; así, el artículo 50 refiere a un primer escenario donde la Sutel establecerá inicialmente las tarifas de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, pero la misma norma deja claro que la Sutel deberá cumplir con las obligaciones antes descritas y realizar los análisis del grado de competencia en el mercado de manera tal que, en caso de darse las condiciones suficientes para garantizar la competencia efectiva, deberá emitir una resolución fundada en la que se elimine la regulación tarifaria.

Por su parte, la política pública emitida por el Ente Rector indica en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, PNDT 2015-2021; en el que en su apartado 4.3.3 denominado "Regulación del mercado de las telecomunicaciones" señala que tras la apertura del mercado de las telecomunicaciones la evidencia apunta a la necesidad de que la SUTEL realice las acciones en el ámbito de sus competencias, tendientes a dinamizar y mejorar el funcionamiento del mercado. Para ello, señala el PNDT que es imperioso que se realicen los estudios necesarios y la emisión de la resolución correspondiente para la declaratoria de los mercados en competencia.

Es entonces una obligación legal y de política pública la que asume SUTEL una vez que técnicamente se determinar la existencia de condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva en el mercado debe hacer la declaratoria, en este caso se habla únicamente a la de telecomunicaciones móviles.

2.- Cómo se construyó la información que sirve de base para la toma de decisión hoy

Para asumir esta tarea, en diferentes momentos la SUTEL ha tomado en forma transparente, pública y razonada una serie de decisiones que a la fecha no han sido recurridas, cuestionadas o anuladas, las cuales han permitido a la institución contar con los instrumentos e información requerida para fundamentar los informes de la toma de decisión final.

Destaco, entonces los siguientes:

En la fase previa a su ingreso a la Institución:

- a.- la 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 una serie de servicios de telecomunicaciones.*
- b.- la contratación de servicios profesionales para la elaboración de un estudio internacional comparativo sobre distintas variables relacionadas con el comportamiento y grado competencia en distintos mercados internacionales de telecomunicaciones*
- c.- la realización de consultas para la recopilación de información a distintos sectores sobre aspectos asociados*

con el grado de competencia en los mercados de telecomunicaciones.

- d.- los lineamientos a la Dirección General de Mercados (en adelante DGM), para cursar el procedimiento de revisión, definición y análisis de los mercados relevantes (acuerdo 009-039-2016 de la sesión ordinaria 039-2016 del 20 de julio del 2016)
- e.- la instrucción a la DGM para que la propuesta de revisión, definición y análisis de mercados relevantes se agrupe de la siguiente manera: a) Servicios Fijos, b) Servicios Móviles, c) Servicios de Banda Ancha Residencial y d) Servicios Internacionales (Acuerdo 021-043-2016 de la sesión ordinaria 043-2016 del 10 de agosto de 2016)
- f.- la discusión y aprobación por parte del Consejo de la SUTEL de la "Propuesta de definición de los Mercados Relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores"; del Informe final de la contratación 2015LA-00003-SUTEL, Informe final de la contratación 2015LA-00006-SUTEL; del Informe final de la contratación 2015LA-00007-SUTEL; del Informe de Estadísticas del Sector Telecomunicaciones de Costa Rica 2015 y de la Metodología aplicada para efectos de proyección de variables de demanda Documentos que permitieron al Consejo instruir a la DGM para que llevara a cabo la consulta relativa a la definición de mercados y análisis del grado de competencia, designación de operadores o proveedores importantes y la imposición de obligaciones específicas de los mercados asociados a los servicios móviles; a los servicios de banda ancha residencial; a los servicios fijos, y a los servicios internacionales (Acuerdo 005-055-2016 de la sesión extraordinaria 055-2016 del 30 de setiembre de 2016).

En la fase en que forma parte del Consejo:

- g.- el oficio 5971-SUTEL-DGM-2017, del 21 de julio del 2017, por medio del cual se presenta para el respectivo proceso de consulta pública, la "Propuesta de definición del mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dicho mercado e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores".

3.- Cómo garantizó la SUTEL la transparencia de la discusión y se aseguró que los habitantes se pronunciaran respecto al tema de fondo

La ley dispone que la SUTEL debe asumir un papel de guardián de los intereses de los consumidores, por lo tanto, contar con un plazo amplio para el conocimiento y divulgación de esta propuesta ha sido un norte para la institución, para ello:

- a.- Consulta pública del primer informe mediante el diario oficial La Gaceta
 - los habitantes son el eje de la discusión por ello, aunque para el primer documento en esta materia se dispuso de un periodo de 10 días hábiles para participar del proceso de consulta pública, la SUTEL entendiendo la necesidad de extensión del mismo, aprobó en forma sucesiva 2 ampliaciones de plazo, los cuales acumularon un total de 25 días hábiles. Estas acciones reflejan el interés institucional de garantizar que los habitantes contaran con un tiempo razonable para manifestar sus consideraciones (La Gaceta N° 193 del 07 de octubre de 2016, La Gaceta N° 203 del 24 de octubre de 2016 y La Gaceta N° 209 del 01 de noviembre de 2016)
- o El resultado de este ejercicio permite a la SUTEL contar con 67 observaciones relacionadas con el servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de las cuales 58 corresponden a habitantes interesados y el resto a instituciones pública, operadores, Cámaras del sector telecomunicaciones.
- b.- Consulta pública del segundo informe, mediante el diario oficial la No. 154 del 16 de agosto del 2017
 - Contando con la experiencia acumulada del primer documento, el Consejo instruye a la DGM para que se lleve a cabo la consulta pública por un plazo **de quince (15) días hábiles** la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación

de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores" (acuerdo 012-055-2017 de la sesión ordinaria 055-2017 del 21 de julio del 2017)

- o Sobre el plazo la Defensoría solicita al Consejo de la SUTEL ampliar el plazo de la consulta pública indicada al menos 15 días adicionales al plazo (DH-DAEC-0829-2017 del 17 de agosto del 2017 (NI-09464-2017)
- o Tomando en cuenta que la SUTEL solicitó a la Defensoría una audiencia para el 25 de agosto del 2017 y esa entidad solicitó trasladarla para el 1 de setiembre del 2017, se acordó trasladar la solicitud al equipo técnico para que valoren los argumentos y sometan los resultados de dicha valoración (acuerdo 009-061-2017 de la sesión ordinaria 061-2017 del 23 de agosto del 2017).
- o Durante la audiencia se analizaron los siguientes temas, sobre el proceso de consulta pública del mercado de telecomunicaciones móviles: herramientas de información de la SUTEL para el usuario, roles de diversos actores en el informe en consulta pública e inquietudes de la Defensoría de los Habitantes en tomo al proceso de consulta Pública, que la Defensoría como institución, que no requería de más tiempo para realizar el estudio y que a la fecha no se ha recibido ninguna solicitud de prórroga por parte de alguna otra institución. y se llegaron a los siguientes acuerdos:
 - El envío a la Defensoría de los Habitantes de un documento formal en el cual se indique la cantidad de observaciones recibidas en torno al proceso de consulta pública por parte de la SUTEL, así como de que ningún usuario o entidad ha solicitado la ampliación del período de consulta estipulado en 15 días hábiles.
 - La remisión de la minuta de la reunión a la Defensoría de los Habitantes por parte de la SUTEL.
 - Convocar a la Defensoría de los Habitantes a reunión por parte de la SUTEL una vez que estén listas las nuevas herramientas de información al usuario (visor, comparador de precios, APP) para que la Dirección de Promoción y divulgación del ente defensor de los habilitantes pueda colaborar en su difusión oportuna a los usuarios.
 - Las observaciones presentadas por los ciudadanos (10.592) se refieren a una supuesta propuesta de fijación tarifaria del cobro de Internet por descarga o bien a la implementación de la política de uso justo, la mayoría corresponden a un formato previamente establecido, sin embargo, se analizaron una a una y se logró identificar que son de idéntico en cuanto al argumento y pefitoria.
- o Del análisis integral de la totalidad de observaciones presentadas por los ciudadanos, en síntesis, se evidencia la preocupación por la situación del mercado de cara a una eventual declaratoria de competencia en cuanto a: precio, la calidad del servicio de Internet móvil, la situación de los contratos vigentes, colusión entre operadores y proveedores; y el papel de la SUTEL de un mercado sin regulación tarifaria.
- Gestión y atención de consultas de prensa con los medios de comunicación colectiva a partir de la publicación de la consulta pública en el Diario oficial La Gaceta. Como resultado de lo anterior, se obtuvo una cobertura en el período comprendido entre el 16 de agosto al 15 de setiembre de 2017, de 38 notas periodísticas que abordaron la consulta, las cuales 22 publicaciones de prensa escrita, 6 notas de televisión, publicación de videos informativos alusivos al tema en el canal oficial de You Tube de la SUTEL, con la participación de las funcionarias de la Dirección General de Mercados.
- En el sitio electrónico de la SUTEL. La Superintendencia de Telecomunicaciones actualiza la página web con información sobre herramientas que permiten determinar la cobertura y velocidad móvil de los operadores, acceso a los Infomes sobre la calidad de prestación de los servicios de telecomunicaciones, e información sobre los derechos de los usuarios, entre otros.

4.- Con qué documentos e informes contó la SUTEL para tomar sus decisiones?

En la fase previa a su ingreso a la Institución:

- a.- Primera fase en el año 2016, la Sutel contó con diversos informes los cuales a la fecha no cuentan con ninguna apelación o nulidad.

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

- La "Propuesta de definición de los Mercados Relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores" (Acuerdo 005-055-2016 de la sesión extraordinaria 055-2016 del 30 de setiembre de 2016).
- El Informe final de la contratación 2015LA-00003-SUTEL, Informe final de la contratación 2015LA-000006-SUTEL (Acuerdo 005-055-2016 de la sesión extraordinaria 055-2016 del 30 de setiembre de 2016).
- El Informe final de la contratación 2015LA-000007-SUTEL (Acuerdo 005-055-2016 de la sesión extraordinaria 055-2016 del 30 de setiembre de 2016).
- El Informe de Estadísticas del Sector Telecomunicaciones de Costa Rica 2015 y de la Metodología aplicada para efectos de proyección de variables de demanda Documentos que permitieron al Consejo instruir a la DGM para que llevara a cabo la consulta relativa a la definición de mercados y análisis del grado de competencia, designación de operadores o proveedores importantes y la imposición de obligaciones específicas de los mercados asociados a los servicios móviles; a los servicios de banda ancha residencial; a los servicios fijos, y a los servicios internacionales (Acuerdo 005-055-2016 de la sesión extraordinaria 055-2016 del 30 de setiembre de 2016).
- El oficio 8791-SUTEL-DGM-2016, la DGM analiza una a una las observaciones del primer proceso de consulta y una vez analizado en sesión del Consejo este acuerda la **revisión del mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles, análisis del grado de competencia en dicho mercado, declaratoria de operadores importantes e imposición de obligaciones"** (Alcance N° 304 de La Gaceta) e incorporar la información adicional presentada en el marco del proceso de consulta pública y cualquier otra información que se considere pertinente (Acuerdo 021-068-2016 de la sesión ordinaria 068-2016 del 23 de noviembre del 2016)

En la fase en que forma parte del Consejo:

b.- En la segunda fase, durante el 2017 Sutel cuenta con una serie de documentos técnicos los cuales a la fecha no cuentan con ningún procedimiento de revisión o nulidad:

- El Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, PNDT 2015-2021; en el que en su apartado 4.3.3 denominado "Regulación del mercado de las telecomunicaciones" señala que tras la apertura del mercado de las telecomunicaciones la evidencia apunta a la necesidad de que la SUTEL realice las acciones en el ámbito de sus competencias, tendientes a dinamizar y mejorar el funcionamiento del mercado. Para ello, señala el PNDT que es imperioso que se realicen los estudios necesarios y la emisión de la resolución correspondiente para la declaratoria de los mercados en competencia.
- En cumplimiento con el acuerdo 005-055-2016 de la sesión extraordinaria 055-2016 del 30 de setiembre de 2016 la DGM remite al Consejo para su estudio la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores, N 05971-SUTEL-DGM-2017" (Acuerdo 012-055-2017 de la sesión ordinaria 055-2017 del 21 de julio del 2017)
- Informe de atención de observaciones presentadas en la consulta pública de la propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores, conocido y aprobado hoy.
- Informe de atención de observaciones presentadas en la consulta pública de la propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores, 07708-SUTEL-DGM-2017, conocido y aprobado hoy
- Informe de acciones comunicacionales en el marco del proceso de consulta pública de la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones"

07719-SUTEL-ACS-2017, conocido y aprobado hoy

- Informe de la Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones manifiesta que:
 - En nuestra opinión, el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 es un estudio riguroso, actualizado y con información que permite tener un diálogo claro de las condiciones del mercado de telecomunicaciones móviles en Costa Rica. En sus diversos apartados se adoptan instrumentos metodológicos y conceptos de aplicación especializada a nivel internacional que respaldan las diversas afirmaciones que contiene. En la lectura y revisión del informe se identifica la realidad que vive el sector en la actualidad y su contenido deja constancia y permite motivar la existencia de condiciones de competencia efectiva en el país (lo destacado es intencional) (...)"

5.- Cómo se resguarda la protección al usuario?

Es importante hacer notar que con la propuesta sometida a consulta la SUTEL cumple con el propósito de garantizar y proteger el derecho de los habitantes a obtener mejores servicios de telecomunicaciones a partir de la aplicación de los principios de eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, información, mayor y mejor cobertura y en la promoción de mejores alternativas en la prestación de servicios, valiéndonos para ello de la promoción de la competencia.

Es importante aclarar que la declaratoria de existencia de condiciones en un mercado implica es un cambio en el enfoque regulatorio del regulador, enfocándose ahora en las actividades de vigilancia, prevención, intervención y eventual sanción ante cualquier práctica anticompetitiva en que puedan incurrir los operadores, incluyendo el establecimiento de carteles o cualquier tipo de conducta colusoria entre competidores que pueda afectar a los usuarios del mercado.

Sutel cuenta con un marco legal y regulatorio amplio que le otorga diferentes facultades y mecanismos de intervención, así SUTEL mantiene todas sus potestades de protección de los derechos de los usuarios. Es necesario indicar que los usuarios siempre serán un eje central en la actividad de Sutel, tal y como lo establece la legislación vigente.

A nivel interno, y durante la fase previa a su ingreso a la SUTEL, la metodología contenida en la RCS-082-2015 fue sometida a revisión por parte de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), quien como autoridad nacional de competencia es el ente que posee conocimiento técnico especializado en definición de mercados relevantes y valoración de poder de mercado, acordando la COPROCOM en su Sesión Ordinaria N° 06-2015 celebrada a las 17: 30 horas del 17 de febrero de 2015 lo siguiente:

"Emitir criterio favorable por cuanto luego de analizar el documento se concluye que se trata de un estudio bien fundamentado legal y técnicamente, lo que les ha permitido elaborar una metodología para la determinación de la competencia efectiva en los mercados que incluye los elementos esenciales para llevar a cabo adecuadamente esta tarea."

Una vez incorporada al Consejo, se recibieron durante el proceso de consulta los siguientes aportes de expertos internacionales:

La GSMA América Latina, entidad experta en la materia manifiesta que:

"(...)La GSMA apoya plenamente la constatación de que el mercado minorista de servicios móviles es competitivo ... Esta declarativa debe abarcar tanto a los servicios postpagos como a los prepagos. **Esto no sólo se justifica a la luz del resultado competitivo y de los beneficios generalizados para el consumidor**, como se muestra en el análisis de SUTEL, sino también a la luz de la desaparición generalizada de la regulación minorista como herramienta de fomento de la competencia que hemos visto en todo el mundo en la última década (el resaltado corresponde al original).

La Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones manifiesta que:

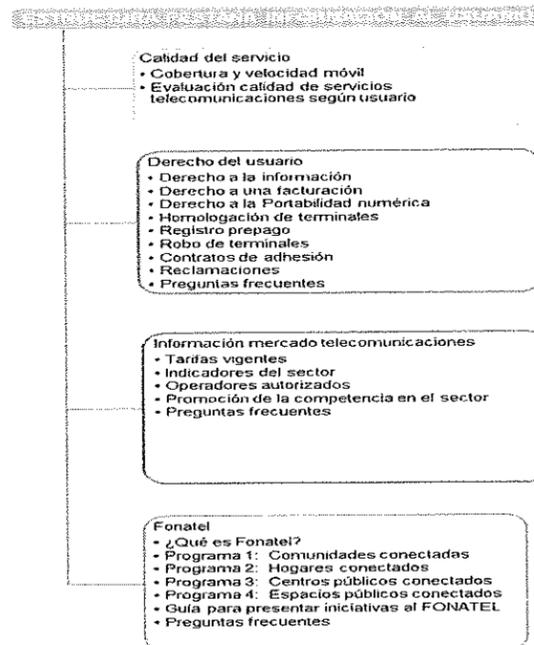
"(...) Si bien desde ASIET hemos expresado que tanto la evolución en las estadísticas e indicadores del sector, como las opciones de elección entre servicios que están al alcance de los consumidores, son una prueba fehaciente de que "existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva" y

que hay elementos claros para sustentar una resolución motivada en la materia, la decisión que tomó la SUTEL de llevar a cabo estudios y realizar un análisis pormenorizado al respecto constituye una medida razonable que contribuye a dar certeza respecto al sustento de sus determinaciones. (...)

A nivel interno, la metodología contenida en la RCS-082-2015 fue sometida a revisión por parte de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), quien como autoridad nacional de competencia es el ente que posee conocimiento técnico especializado en definición de mercados relevantes y valoración de poder de mercado, acordando la COPROCOM en su Sesión Ordinaria N° 06-2015 celebrada a las 17: 30 horas del 17 de febrero de 2015 lo siguiente:

"Emitir criterio favorable por cuanto luego de analizar el documento se concluye que se trata de un estudio bien fundamentado legal y técnicamente, lo que les ha permitido elaborar una metodología para la determinación de la competencia efectiva en los mercados que incluye los elementos esenciales para llevar a cabo adecuadamente esta tarea."

Un instrumento que coadyuva en esta dirección, se encuentra en el portal web de la Sutel, en el cual recientemente se reestructuró para confluir en una única pestaña digital los procedimientos, recursos, e información con que cuenta el usuario para hacer valer sus derechos, denominada "Información al usuario", la cual cuenta con los siguientes insumos;



6.- Cómo abordamos la democratización del acceso a internet

La información –como tal- debe concebirse como un bien de fundamental importancia, cuyo acceso debería estar garantizado a la totalidad de la población. El derecho a la comunicación se basa en los principios de transparencia, diversidad, participación y justicia social y económica, equidad entre géneros y diversidad cultural y regional. Y el acceso a la Internet, se considera como un medio o instrumento indispensable de toda persona para ejercer sus derechos fundamentales, de libertad de expresión, emitir y recibir comunicaciones, pluralismo, entre otros.

El derecho de acceso a Internet –bajo esta perspectiva- ha sido considerado como derecho humano o fundamental por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), recogido en algunas leyes de varias jurisdicciones de determinados países, y otros instrumentos internacionales sobre derecho humanos. Nuestra Sala Constitucional lo proclama en las sentencias 2010-010627 y 2010-12790.

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

Mediante sentencia 2010-010627, la Sala Constitucional, reconoce que existe un "derecho humano de acceso a internet", que se caracteriza, por ser:

- a) "Un derecho prestacional", es decir el Estado esta obligado a crear las condiciones para su cumplimiento.
- b) "Un servicio en competencia", así definido por ley, mediante la declaratoria de la apertura del mercado de las telecomunicaciones, según lo establece el CAFTA y la LGT (Ley 8642).

Dicho marco jurídico se materializar por medio de la política pública y la ejecución de los proyectos con cargo a FONATEL.

Así las cosas, lo que no resuelve el mercado por medio de la contraprestación de los servicios, en un mercado de competencia, se complementa con la política pública que dicta el Poder Ejecutivo a través del MICITT en su condición de Rector del Sector de las Telecomunicaciones.

Recuérdese que son los mismos operadores y proveedores de telecomunicaciones, los que aportan los recursos que alimentan el fondo de servicios y acceso universal (FONATEL), artículos 38 y 39 de la LGT.

La SUTEL como administrador de FONATEL, debe ejecutar los fondos, según lo que establece la política pública y en estricto apego a los principios de la Ley de Contratación Administrativa.

El Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2015- 2021 (PNDT), establece (Ver PNDT. Lineamiento 5.1.3.) que los proyectos de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad (FONATEL), tendrán como principal objetivo **promover el acceso y uso de Internet como herramienta para reducir la pobreza, generar inclusión social y empleo, además de propiciar la participación ciudadana, atendiendo con prioridad el acceso a Internet de las poblaciones en situación de vulnerabilidad definidas en la Estrategia Nacional de Pobreza.**

Vale señalar, que el mismo rector define las poblaciones en situación de vulnerabilidad, como "aquellas personas que se encuentran en desventaja económica, poniendo énfasis en habitantes con discapacidad, niñez y juventud, adultos mayores, indígenas, jefas de hogar, microempresarias, y a las instituciones públicas que los atienden", obligación de ley que responden al Transitorios VI de la LGT.

Así las cosas, esta Superintendencia de Telecomunicaciones; planifica, desarrolla y ejecuta proyectos tendientes al logro de tales objetivos (Comunidades Conectadas, Hogares Conectados, Centros Públicos Equipados, Espacios Públicos Conectados y Red de Banda Ancha Solidaria).

En este marco de acción, debemos promover el ejercicio del derecho de acceso a Internet como derecho fundamental a través de políticas que permitan a los ciudadanos adquirir (comprar) el servicio y en este contexto se entiende la promoción de la libre competencia y por otro lado, garantizar el servicio a aquellas poblaciones que por razones socio-económicas no logran tener acceso al mismo, y es aquí donde el legislador previó un mecanismo que de manera complementaria, pudiera complementar el mercado de las telecomunicaciones mediante medidas donde se aplican los principios de solidaridad, universalidad e igualdad. Ambas formas de hacer llegar el servicio, facilitan el ejercicio de este derecho.

Como administradores del fondo de servicio y acceso universal (FONATEL) y antes de que se iniciara el proceso de "definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones", se implementan y planifican programas y proyectos tendientes a alcanzar los objetivos de servicio y acceso universal. Tal es el caso del Programa 1; "Comunidades Conectadas", donde se han concursado 26 proyectos de los cuales ya están en ejecución 19.

Otro concurso que se prepara para este año, es el del Programa 4; "Espacios Públicos Conectados", que vendrá a crear un espacio de acceso público gratuito para las poblaciones vulnerables.

En conclusión, las políticas públicas que se adoptan por este órgano regulador responden a garantizar el ejercicio del "derecho humano de acceso a internet", mediante mecanismos de prestación del servicio, provistos por un lado, por el Estado y por el otro, por los operadores y proveedores en condiciones de competencia.

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

Nota: Proyectos Programa 1 Fonatel:

- 1 Cultivez
- 1 Roxana
- 5 zona norte
- 6 zona sur
- 6 zona atlántica
- 7 Pacífico y Chorotega (sin adjudicar)

7.- Cómo se garantiza el modelo inclusivo y accesible?

Es importante aclarar que la declaratoria no afecta en nada las obligaciones y competencias legales con que cuenta SUTEL para garantizar el cumplimiento de los principios de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en la Ley 8642.

Siendo que el marco jurídico estableció las herramientas con que cuenta la Sutel y el país para reducir la brecha digital; garantizando así una mayor igualdad de oportunidades y de disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento. Precisamente, la visión inclusiva del legislador permitió la creación del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL); este fondo, además de administrar los recursos necesarios, es quien también se encarga de cumplir con los objetivos y principios de acceso y servicio universal de la mano con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

8.- Qué pasa si el mercado en competencia no responde?

Conforme a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, la Sutel tiene entre sus objetivos, la promoción de la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones pues, de acuerdo con la misma Ley, esa condición de mercado es el medio que permite aumentar la disponibilidad de servicios en mejor calidad y mejores precios para los usuarios, reconociendo para ello, el derecho de los usuarios de elegir y cambiar libremente al proveedor de sus servicios. De esta manera, el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones somete el funcionamiento de la Sutel a la protección del libre mercado en las telecomunicaciones como una forma de garantizar el derecho de elección de los usuarios, ante una oferta cada vez más diversa en cuanto al tipo de servicios y de tecnologías sobre los que estos se ofrecen.

La declaratoria de competencia de un mercado no implica que la SUTEL vaya a dejar de ejercer su papel de regulador, por el contrario, Sutel mantiene la obligación legal de promover la diversidad de los servicios de telecomunicaciones, la promoción de la introducción de nuevas tecnologías junto con la garantía de protección de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones.

Asimismo, ante la declaratoria de competencia la SUTEL continuaría su acción regulatoria en los siguientes elementos: Mejora en la calidad de las redes y los servicios; Protección de los derechos de los usuarios; Divulgación de información para que los consumidores ejerzan de una mejor manera su derecho a elegir al operador o proveedor de su preferencia; En cuanto a las tarifas se mantendrá una constante vigilancia en que éstas se ajusten al nivel de costo del servicio, y que las ofertas comerciales sean acordes a las diferentes necesidades de consumo de todos los usuarios, indistintamente de su condición socioeconómica; Cumplimiento de los términos y condiciones establecidos en los contratos de adhesión vigentes.

Por su parte, el señor Camacho Mora señala que esta Superintendencia ha llevado a cabo un proceso que no es de unos pocos meses, por el contrario, son ya varios años trabajando en lo que por mandato de Ley debe realizarse en el tema de promoción de competencia, en el estudio de mercados relevantes para determinar si han madurado lo suficiente para declararlos en competencia.

Agrega que en el año 2015, se publicó la metodología de cómo la Sutel regularía el mercado de telecomunicaciones, a partir de ese momento, la dinámica institucional ha sido extrema y se ha logrado comprobar que la estructura del mercado corresponde a un mercado en competencia, se ha verificado la calidad de redes, se ha verificado la participación del mercado de cada uno de los operadores móviles, se ha determinado el tema de la concentración, se ha verificado la rivalidad del mercado a nivel de los precios, existen beneficios tangibles en las ofertas de servicios a los usuarios y se van a dinamizar más los servicios

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

en mejoras para los usuarios. Considera que una declaratoria efectiva en el mercado móvil beneficiará enormemente al usuario en mejores ofertas comerciales y ofertas técnicas.

Considera que la Sutel a partir de ahora tendrá grandes responsabilidades en el sentido de verificar la calidad de las redes, asegurarse que las ofertas comerciales estén acordes a las necesidades de los usuarios, seguir la ruta trazada de proveer la mayor información a los usuarios con un comparativo técnico y comercial de las ofertas y ser garante de los derechos de los usuarios que reciban el servicio por el cual pagan.

El trabajo ha sido muy arduo; destaca la gran participación ciudadana, la gran cantidad de observaciones recibidas de diversos sectores, lo que demuestra una amplia participación durante los días que estuvo en vigencia esta consulta.

Destaca la labor de los funcionarios de la Dirección General de Mercados, se ve reflejada la calidad de profesionales que son, la alta valía, los recursos que la Sutel ha empleado en esta labor, con eso deja manifiesto su voto positivo al informe presentado.

Después del amplio análisis del tema, con base en la información del oficio 7708-SUTEL-DGM-2017, de fecha 14 de setiembre del 2017 y la discusión correspondiente, los Miembros del Consejo acuerdan por unanimidad:

ACUERDO 004-067-2017

1. Dar por recibido y aprobar el oficio 7708-SUTEL-DGM-2017, de fecha 14 de setiembre del 2017, mediante el cual la Dirección General de Mercados rinde informe sobre las observaciones recibidas, en el marco de la consulta pública llevada a cabo entre el 17 de agosto y el 06 de setiembre, del 2017, referente a la *"Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores"*.
2. Dar por recibido y aprobar el oficio 7719-SUTEL-ACS-2017, de fecha 18 de setiembre del 2017, mediante el cual la funcionaria Ivannia Morales Chaves, Asesora del Consejo, rinde su informe de acciones comunicacionales en el marco del proceso de consulta pública de la *"Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones"*
3. Emitir la siguiente resolución:

RCS-248-2017

**"REVISIÓN DEL MERCADO DEL SERVICIO MINORISTA DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES,
ANÁLISIS DEL GRADO DE COMPETENCIA EN DICHO MERCADO, DECLARATORIA DEL
OPERADOR Y/O OPERADORES IMPORTANTES E IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES"**

EXPEDIENTE GCO-DGM-MRE-01296-2017**RESULTANDO**

1. Que el 24 de setiembre del 2009 el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones mediante la resolución RCS-307-2009 de las 15:35 horas emitió la "DEFINICIÓN DE LOS

MERCADOS RELEVANTES Y DE LOS OPERADORES Y/O PROVEEDORES IMPORTANTES”.

2. Que el Poder Ejecutivo definió en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2015-2021 la necesidad de que la Superintendencia de Telecomunicaciones emita los estudios para la declaratoria de mercados en competencia.
3. Que el 01 de junio del 2015, se publicó en el Alcance Digital 39 al Diario Oficial La Gaceta 104 la resolución RCS-082-2015 la cual versa sobre la “Metodología para el análisis del grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones”. (folio 109 al 134 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016).
4. Que para efectos de llevar a cabo los estudios contenidos en el presente informe la DGM llevó a cabo una serie de acciones tendientes a recolectar la información necesaria para los distintos tipos de análisis. En particular se ejecutaron las siguientes acciones:
 - a. 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 una serie de servicios de telecomunicaciones.
 - i. Que el 30 de julio de 2015, se publicó en La Gaceta 147 el acto de adjudicación de la licitación abreviada 2015LA-000006-SUTEL para la “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 una serie de servicios de telecomunicaciones”, adjudicando la contratación a la empresa Investigaciones de Centroamérica y el Caribe S.A.
 - ii. Que el objeto de la licitación 2015LA-000006-SUTEL para la “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 una serie de servicios de telecomunicaciones”, se cumplió satisfactoriamente de conformidad con lo establecido en el informe 1018-SUTEL-DGM-2016 del 12 de febrero del 2016.
 - b. Contratación de servicios profesionales para la elaboración de un estudio internacional comparativo sobre distintas variables relacionadas con el comportamiento y grado competencia en distintos mercados internacionales de telecomunicaciones
 - i. Que el 02 de setiembre de 2015, se publicó en La Gaceta 171 el acto de adjudicación de la licitación abreviada 2015LA-000007-SUTEL para la “Contratación de servicios profesionales para la elaboración de un estudio internacional comparativo sobre distintas variables relacionadas con el comportamiento y grado competencia en distintos mercados internacionales de telecomunicaciones”, adjudicando dicha contratación a la empresa TELECOMMUNICATIONS MANAGEMENT GROUP INC (TMG).
 - ii. Que el objeto de la licitación 2015LA-000007-SUTEL para la “Contratación de servicios profesionales para la elaboración de un estudio internacional comparativo sobre distintas variables relacionadas con el comportamiento y grado competencia en distintos mercados internacionales de telecomunicaciones” se cumplió satisfactoriamente de conformidad con lo establecido en el informe 8234-SUTEL-DGM-2015 del 26 de noviembre del 2015.
 - c. Consultas realizadas a distintos sectores sobre aspectos asociados con el grado de competencia en los mercados de telecomunicaciones:

- i. Que el 22 de octubre de 2015 se remitieron los oficios 7358-SUTEL-DGM-2015, 7359-SUTEL-DGM-2015, 7360-SUTEL-DGM-2015, 7361-SUTEL-DGM-2015 y 7362-SUTEL-DGM-2015, en los cuales se les consultó a la Cámara de Tecnologías de Información y Comunicación (CAMTIC); a la Cámara de Infocomunicación y Tecnología (INFOCOM); al Viceministerio de Telecomunicaciones; a la Asociación de Consumidores de Costa Rica; y a la Asociación de Consumidores Libres, respectivamente su percepción sobre diversos aspectos asociados con el grado de competencia de diversos mercados de telecomunicaciones (folio 190 al 274 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016).
- ii. Que el 22 de octubre de 2015 se remitieron los oficios 7363-SUTEL-DGM-2015, 7364-SUTEL-DGM-2015 y 7366-SUTEL-DGM-2015, en los cuales se les consultó a los distintos operadores y proveedores de telecomunicaciones su percepción sobre diversos aspectos asociados con el grado de competencia en diversos mercados de telecomunicaciones (folio 275 al 317 y 335 al 350 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016).
- iii. Que el 23 de noviembre del 2015 (NI-11420-2015) mediante documento sin número de oficio la Cámara de Infocomunicación y Tecnología (INFOCOM) dio respuesta al oficio 7359-SUTEL-DGM-2015 mediante el cual se consultó sobre su percepción sobre diversos aspectos asociados con el grado de competencia de diversos mercados de telecomunicaciones (folio 807 al 820 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016).
- iv. Que no se obtuvo respuesta por parte de la Cámara de Tecnologías de Información y Comunicación (CAMTIC); el Viceministerio de Telecomunicaciones; la Asociación de Consumidores de Costa Rica; y de Asociación de Consumidores Libres de la consulta realizada mediante los oficios 7358-SUTEL-DGM-2015, 7360-SUTEL-DGM-2015, 7361-SUTEL-DGM-2015 y 7362-SUTEL-DGM-2015.
5. Que el 22 de julio de 2016 mediante acuerdo 009-039-2016 de la sesión ordinaria 039-2016 del 20 de julio del 2016, el Consejo de la SUTEL emitió una serie de lineamientos a la DGM para cursar el procedimiento de revisión, definición y análisis de los mercados relevantes (folios 005 al 008 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016)
6. Que el 12 de agosto de 2016 mediante acuerdo 021-043-2016 de la sesión ordinaria 043-2016 del 10 de agosto de 2016 el Consejo de la SUTEL instruyó a la DGM para que la propuesta de revisión, definición y análisis de mercados relevantes se agrupara de la siguiente manera: a) Servicios Fijos, b) Servicios Móviles, c) Servicios de Banda Ancha Residencial y d) Servicios Internacionales (folios 009 al 010 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016).
7. Que en fecha 31 de agosto de 2016 mediante oficio 6419-SUTEL-DGM-2016 la DGM remitió al Consejo de la SUTEL la "Propuesta de definición de los Mercados Relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores" (folios 11 al 175 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016).
8. Que a su vez este oficio tiene una serie de informes anexos, a saber: Informe final de la contratación 2015LA-00003-SUTEL, Informe final de la contratación 2015LA-000006-SUTEL, Informe final de la contratación 2015LA-000007-SUTEL, Informe de Estadísticas del Sector Telecomunicaciones de Costa Rica 2015 y Metodología aplicada para efectos de proyección de variables de demanda (folios 549 al 1168 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016)
9. Que el 04 de octubre de 2016 mediante acuerdo 005-055-2016 de la sesión extraordinaria 055-2016 del 30 de setiembre de 2016 el Consejo de la SUTEL dio por recibidos los informes 6419-SUTEL-

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

DGM-2016, 6420-SUTEL-DGM-2016, 6421-SUTEL-DGM-2016 y 6422-SUTEL-DGM-2016, asimismo instruyó a la DGM para que llevara a cabo la consulta relativa a la definición de mercados y análisis del grado de competencia, designación de operadores o proveedores importantes y la imposición de obligaciones específicas de los mercados asociados a los servicios móviles; a los servicios de banda ancha residencial; a los servicios fijos, y a los servicios internacionales; de conformidad con el artículo 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones (folios 1169 al 1173 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016).

10. Que el citado informe 6419-SUTEL-DGM-2016, referente a los servicios móviles, incluía el análisis del servicio minorista de telecomunicaciones móviles.
11. Que por La Gaceta N° 193 del 07 de octubre de 2016 se cursó invitación a participar del proceso de consulta pública dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones en torno a la definición preliminar de los mercados relevantes (folio 1174 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016).
12. Que por La Gaceta N° 203 del 24 de octubre de 2016 se amplió por cinco días hábiles el plazo de la consulta pública relativa a la definición de mercados y análisis del grado de competencia, designación de operadores o proveedores importantes y la imposición de obligaciones específicas de los mercados asociados a los servicios móviles; a los servicios de banda ancha residencial; a los servicios fijos, y a los servicios internacionales (folio 1357 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016).
13. Que por La Gaceta N° 209 del 01 de noviembre de 2016 se amplió por segunda vez por cinco días hábiles adicionales el plazo de la consulta pública relativa a la definición de mercados y análisis del grado de competencia, designación de operadores o proveedores importantes y la imposición de obligaciones específicas de los mercados asociados a los servicios móviles; a los servicios de banda ancha residencial; a los servicios fijos, y a los servicios internacionales (folio 1414 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016).
14. Que se recibieron las siguientes observaciones en relación con el servicio minorista de telecomunicaciones móviles:
 - Mediante correo electrónico se recibieron las observaciones de los señores Randall Álvarez, Lizandro Antonio Pineda Chaves, Nelsy Saborio, José Cabezas Ramírez, María Laura Rojas, Lisa Campabadal Jiménez, Frederik Grant Esquivel, Luis Diego Madrigal Bermúdez, Orlando Paniagua Rodríguez, Guillermo Sánchez Aguilar, Guadalupe Martínez Esquivel, Susan Corrales Salas, Ramón Martínez González, Freddy Barrios Acevedo, Jorge Arturo Loria Zúñiga, Arturo Sánchez Ulloa, Mauricio Calderón Rivera, Veronique Hascal Durand, ario Zúñiga Álvarez, Alfredo Vega, Ana Novoa, Alber Díaz Madrigal, David Reyes Gatjens, Edgar Arguedas Medina, Leiner Alberto Vargas Alfaro, Gioconda Cabalceta Dambrosio, Crista Pacheco Cabalceta, Alexandra Álvarez Tercero, Jim Fischer, Julio Arguello Ruiz, Juan Antonio Rodríguez Montero, Luis Diego Mesén Delgado, Oren Marciano, Melissa Arguedas, Teresa Murillo De Diego, José Molina Ulate, Ari Reyes, Luis Guillermo Mesén Vindas, Rosa Coto Tristán, Christopher David Vargas Araya, Roberto Jácamo Soto, Ana Grettel Molina González, Allan Baal, Krissia Peraza, Fabián Picado, Josseline Gabelman, José Matarrita Sánchez, Cristian Jackson, Lidianeth Mora Cabezas, Ariel Sánchez Calderón, Luis Aguilar, Carlos Watson, Pablo Gamboa, Alberto Rodríguez Corrales, Ciska Raventós, Ana Monge Fallas, Rafael Rivera Zúñiga, Ralph Carlson (folios 1177 al 1409, 1628 al 1629, 1648 al 1649 expediente GCO-DGM-MRE-1553-2016).
 - Mediante escrito RI-222-2016 (NI-11996-2016) el señor Victor Manuel García Talavera, portador de la cédula de residencia 1158-1717-6621, en su condición de apoderado general de CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A., presentó sus observaciones con relación a la consulta pública (folios 1430 a 1621 expediente GCO-DGM-MRE-1553-2016).

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

- Mediante correo electrónico (NI-12082-2016) el señor Mario Enrique Pacheco Loaiza, no indica número de cédula de identidad, en representación de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A., presentó sus observaciones con relación a la consulta pública (folio 1622 expediente GCO-DGM-MRE-1553-2016).
 - Mediante correo electrónico (NI-12260-2016) los señores Erick Ulate Quesada y Gilberto Campos Cruz (no indican número de cédula de identidad), en su condición de Presidente y Vicepresidente respectivamente de la ASOCIACIÓN CONSUMIDORES DE COSTA RICA, presentaron sus observaciones con relación a la consulta pública realizada (folios 1645 a 1647 expediente GCO-DGM-MRE-1553-2016).
 - Mediante correo electrónico (NI-12292-2016) el señor Pablo Bello Arellano, en su condición de Director Ejecutivo de la ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASJET), presentó sus observaciones con relación a la consulta pública realizada (folios 1650 a 1660 expediente GCO-DGM-MRE-1553-2016).
 - Mediante oficio DH-DAEC-699-2016 (NI-12335-2016) la señora Monserrat Solano Carboni, en su condición de DEFENSORA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA presentó sus observaciones con relación a la consulta pública realizada (folios 1667 a 1683 expediente GCO-DGM-MRE-1553-2016).
 - Mediante oficio 6000-2078-2016 (NI-12342-2016) el señor Jaime Palermo Quesada en su condición de Apoderado Generalísimo sin límite de suma del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, presentó sus observaciones con relación a la consulta pública realizada (folios 1684 a 1750 expediente GCO-DGM-MRE-1553-2016).
 - Mediante correo electrónico (NI-12345-2016) la señora Ana Lucía Ramírez Calderón en su condición de Directora Ejecutiva de la ASOCIACIÓN CÁMARA DE INFOCOMUNICACIÓN Y TECNOLOGÍA (INFOCOM) presentó sus observaciones con relación a la consulta pública realizada (folios 1751 a 1755 expediente GCO-DGM-MRE-1553-2016).
 - Mediante correo electrónico (NI-12347-2016) el señor Edwin Estrada Hernández, en su condición de VICEMINISTRO DEL MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA Y TELECOMUNICACIONES presentó sus observaciones con relación a la consulta pública realizada (folios 1759 a 1781 expediente SUTEL GCO-DGM-MRE-1553-2016).
 - Mediante oficio EVAS-JFFA-163-2016 (NI-12419-2016) algunos representantes elegidos en la Asamblea Legislativa para el período cuatrienal de la legislatura 2014-2018 por el Partido Frente Amplio presentaron de manera extemporánea sus observaciones con relación a la consulta pública realizada (folios 1820 a 1827 expediente GCO-DGM-MRE-1553-2016).
15. Que el 21 de noviembre de 2016 mediante oficio 8791-SUTEL-DGM-2016, la DGM remitió al Consejo de la SUTEL su "Informe técnico sobre observaciones presentadas en la consulta pública relativa a los informes para la definición de mercados relevantes, análisis del grado de competencia en dichos mercados, designación de operadores o proveedores importantes y la imposición de obligaciones específicas a dichos operadores, en relación con los servicios de telecomunicaciones móviles, de banda ancha residencial, fijos e internacionales", el cual contempla el análisis de las distintas observaciones remitidas en el marco del proceso de consulta pública (folios 1905 a 2025 expediente GCO-DGM-MRE-1553-2016).
16. Que el 13 de diciembre de 2016 se publicó en el Alcance N° 304 de La Gaceta la resolución número RCS-265-2016 de las 15:30 horas del 23 de noviembre de 2016, mediante la cual se resuelve sobre la "Revisión del mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles, análisis del grado de competencia en dicho mercado, declaratoria de operadores importantes e imposición de obligaciones".
17. Que en la citada resolución RCS-265-2016 el Consejo de la SUTEL indica lo siguiente:

“10.- ACOGER parcialmente la observación presentada por CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. en relación con el mercado minorista de telecomunicaciones móviles, para lo cual se deberá ampliar el análisis sobre dicho mercado. Rechazar los demás puntos planteados en la observación en relación con este mercado por no llevar razón en sus argumentaciones.

11.- ACOGER parcialmente la observación presentada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. en relación con el mercado minorista de telecomunicaciones, para lo cual se deberá ampliar el análisis sobre dichos mercados. Rechazar los demás puntos planteados en la observación en relación con este mercado por no llevar razón en sus argumentaciones.

12.- ACOGER parcialmente la observación presentada por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD en relación con el mercado minorista de telecomunicaciones, para lo cual se deberá ampliar el análisis sobre dichos mercados. Rechazar los demás puntos planteados en la observación en relación con este mercado por no llevar razón en sus argumentaciones”.

18. Que asimismo la citada resolución el Consejo de la SUTEL ordena en el punto 19 del Por Tanto, a la Dirección General de Mercados ampliar la propuesta contenida en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 en relación con el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles, para incorporar la información adicional presentada en el marco del proceso de consulta pública y cualquier otra información que se considere pertinente.
19. Que el 05 de diciembre del 2016 mediante acuerdo 021-068-2016 de la sesión ordinaria 068-2016 del 23 de noviembre del 2016, el Consejo de la SUTEL emitió los siguientes acuerdos:
1. Dar por recibido el informe 08791-SUTEL-DGM-2016 con fecha 21 de noviembre en relación al “Informe técnico sobre observaciones presentadas en la consulta pública relativa a los informes para la definición de los mercados relevantes, análisis de grado de competencia en dichos mercados, designación de operadores o proveedores importantes y la imposición de obligaciones específicas a dichos operadores en relación con los servicios de telecomunicaciones móviles, de banda ancha residencial, fijo e internacionales.
 2. Ordenar a la Dirección General de Mercados que prepare un cronograma detallado para la revisión de los tres mercados relevantes contenidos en la resolución RCS-307-2009 que se encuentran pendientes de ser analizados a saber: “Mercado 12: Servicios de comunicaciones punto a punto, punto a multipunto y demás modalidades”, “Mercado 13: Servicios de redes privadas virtuales (VPN)” y “Mercado 18: Servicios de acceso e interconexión para redes convergentes o de conmutación de paquetes”. El referido cronograma deberá prever que la revisión final se efectúe durante el año 2017.”
20. Que mediante informe 05971-SUTEL-DGM-2017 del 21 de julio del 2017 la Dirección General de Mercados emite la “Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores” (folios 115 a 233 expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
21. Que el 01 de agosto del 2017 mediante acuerdo 012-055-2017 de la sesión ordinaria 055-2017 del 21 de julio del 2017 el Consejo de la SUTEL acordó lo siguiente: a) dar por recibido el oficio 05971-SUTEL-DGM-2017 del 21 de julio del 2017 correspondiente a la “Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores.” b) Instruir a la coordinación del proceso para que

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

se lleven a cabo las gestiones necesarias en relación con la consulta pública relativa a la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores" de conformidad con el artículo 12 de Reglamento de Acceso de interconexión de redes de telecomunicaciones. La Publicación del aviso se realizará en el diario oficial La Gaceta, mediante una invitación pública para quien lo desee, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes a dicha publicación, exponga por escrito las razones de hecho y derecho que considere pertinentes en relación con la consulta. (folios 234 a 237 del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).

22. Que por La Gaceta No. 154 del 16 de agosto del 2017 se cursó invitación al proceso de consulta pública dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de Acceso e interconexión de Redes de Telecomunicaciones en torno a la definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles (folio 238 expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
23. Por oficio DH-DAEC-0829-2017 del 17 de agosto del 2017 (NI-09464-2017) recibido el mismo día, el señor Juan Manuel Cordero González en su condición de Defensor adjunto de los Habitantes de la República, solicita al Consejo de la SUTEL ampliar el plazo de la consulta pública indicada al menos 15 días adicionales al plazo establecido (folio 240 expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
24. Que el 23 de agosto de 2017 mediante acuerdo 009-061-2017 de la sesión ordinaria 061-2017 del 23 de agosto del 2017 el Consejo de la SUTEL acordó lo siguiente: 1) Dar por recibido el oficio DH-DAEC-0829-2017 (NI-09464-2017) de fecha 17 de agosto del 2017, de la Defensoría de los Habitantes, mediante el cual solicitan que se prorrogue el plazo otorgado para la consulta pública en torno a la definición preliminar del mercado relevante de telecomunicaciones móviles, cuya convocatoria fue publicada en el diario oficial La Gaceta No. 154 del 16 de agosto del 2017. b) Trasladar la solicitud mencionada en el numeral anterior, al equipo técnico de la Dirección General de Mercados, para que valoren los argumentos de la Defensoría de los Habitantes y sometan los resultados de dicha valoración al Consejo en una próxima sesión, tomando en cuenta que la SUTEL solicitó a la Defensoría una audiencia para el 25 de agosto del 2017 y esa entidad solicitó trasladarla para el 1 de setiembre del 2017 (folios 264 a 265 expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
25. Que el 1 de setiembre del 2017 el equipo técnico de la SUTEL compuesto por Hannia Vega, en su condición de Miembro del Consejo, Ivannia Morales, en condición de Asesora del Consejo, Natalia Salazar como funcionaria de la Dirección General de Calidad y Deryhan Muñoz como funcionaria de la Dirección General de Mercados se reunieron con representantes de la Defensoría de los Habitantes, el señor Mario Zamora y José Fulvio Sandoval como asesor económico de la misma entidad. Dentro de la audiencia se analizaron los siguientes temas, sobre el proceso de consulta pública del mercado de telecomunicaciones móviles: herramientas de información de la SUTEL para el usuario, roles de diversos actores en el informe en consulta pública e inquietudes de la Defensoría de los Habitantes en torno al proceso de consulta Pública (folios 258 a 261 expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).

Como resultado de la reunión se llegaron a los siguientes acuerdos:

- Envío a la Defensoría de los Habitantes de un documento formal en el cual se indique la cantidad de observaciones recibidas en torno al proceso de consulta pública por parte de la SUTEL, así como de que ningún usuario o entidad ha solicitado la ampliación del periodo de consulta estipulado en 15 días hábiles.
- Remisión de la minuta de la reunión a la Defensoría de los Habitantes por parte de la SUTEL.
- Convocar a la Defensoría de los Habitantes a reunión por parte de la SUTEL una vez que estén listas las nuevas herramientas de información al usuario (visor, comparador de precios,

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

APP) para que la Dirección de Promoción y divulgación del ente defensor de los habilitantes pueda colaborar en su difusión oportuna a los usuarios.

26. Que el 05 de setiembre del 2017 mediante acuerdo 004-063-2017 de la sesión ordinaria 063-2017 del 04 de setiembre del 2017 el Consejo de la SUTEL indica: a) que durante la audiencia del 1 de setiembre del 2017, la Defensoría de los Habitantes indicó explícitamente como institución, que no requería de más tiempo para realizar el estudio. b) Que a la fecha no se ha recibido ninguna solicitud de prórroga por parte de alguna otra institución. c) Que al 5 de setiembre del 2017 se han recibido en total 10.391 posiciones recopiladas lo que demuestra el suficiente tiempo que han tenido los usuarios para enviar sus consultas a las cuales se les ha respondido: "Se acusa recibo. La SUTEL analizará y responderá adecuadamente su consulta." d) Que a esta fecha el plazo de la consulta aprobado mediante acuerdo 012-055-2017, de la sesión 055-2017, celebrada el 21 de julio del 2017, se mantiene vigente. e) Que en consecuencia, este Consejo estima que el plazo de 15 días hábiles otorgado para realizar la consulta del artículo 12 del Reglamento de Acceso e interconexión, ya contiene una ampliación de 5 días hábiles (la mitad del plazo establecido reglamentariamente) y, que este es un plazo razonable toda vez que se trata de la consulta de un único mercado y no de un conjunto de ellos o de todos los mercados que se revisaron, tal y como sucedió en la consulta anterior de mercados relevantes (folios 255 a 263 expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
27. Que en virtud de las anteriores consideraciones el Consejo de la SUTEL dispuso:
1. Acoger la posición de la Defensoría de los Habitantes externada en la audiencia respecto a la no necesaria extensión del plazo de la consulta relativa al mercado de telecomunicaciones móviles, análisis del grado de competencia y según corresponda, determinación del operador y/o proveedor importante en dicho mercado e imposición de obligaciones a dicho operador y/o proveedor y consecuentemente, rechazar la solicitud planteada mediante oficio DH-DAEC-0829-2017 del 17 de agosto del 2017 para prorrogar el plazo antes indicado.
 2. Remitir a la Defensoría de los Habitantes copia de la minuta de la reunión celebrada el 1 de setiembre del 2017.
 3. Acoger la recomendación realizada en la audiencia de realizar un trabajo conjunto entre la Superintendencia de Telecomunicaciones y la Defensoría de los Habitantes en la divulgación de nuevas herramientas de información al usuario (visor, comparador de precios, APP).
 4. Notificar en forma inmediata el presente acuerdo a la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica.
28. Que se recibieron las siguientes observaciones en relación con la propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles:
- Mediante correo electrónico (NI-09648-2017) del 23 de agosto de 2017 el señor Carlos Campos presentó su observación con relación a la consulta pública (folios 54 y 55 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-09929-2017) del 28 de agosto de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 23 observaciones con relación a la consulta pública (folios 56 al 78 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-09946-2017) del 29 de agosto de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 563 observaciones con relación a la consulta pública (folio 79 al 639 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-09996-2017) del 30 de agosto de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 2095 observaciones con relación a la consulta pública (folio 640 al 2.727 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-10038-2017) del 31 de agosto de 2017 se presentaron por parte de los

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

- ciudadanos, 5415 observaciones con relación a la consulta pública (folio 2.728 al 8.125 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
- Mediante correos electrónicos (NI-10039-2017) del 1 de setiembre de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 2038 observaciones con relación a la consulta pública (folio 8.128 al 10.159 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-10086-2017) del 2 de setiembre de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 133 observaciones con relación a la consulta pública (folio 10.160 al 10.292 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-10087-2017) del 3 de setiembre de 2017 contiene 38 observaciones presentadas por ciudadanos, las cuales constan del folio 10.295 al 10.332 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017.
 - Mediante correos electrónicos (NI-10088-2017) del 4 de setiembre de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 51 observaciones con relación a la consulta pública (folio 10.333 al 10.383 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-10155-2017) del 5 de setiembre de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 35 observaciones con relación a la consulta pública (folio 10.384 al 10.418 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correo electrónico (NI-10219-2017) el señor Sebastián M. Cabello en su condición de Director General de GSMA AMÉRICA LATINA presentó observaciones con relación a la consulta pública (folios 10.419 a 10.424 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correo electrónico (NI-10220-2017) del 05 de setiembre del 2017 el señor Oscar Emilio Barahona de León en su condición de Presidente de la CÁMARA DE INFOCOMUNICACIÓN Y TECNOLOGÍA (INFOCOM) presentó observaciones con relación a la consulta pública (folios 10.425 a 10.427 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correo electrónico (NI-10221-2017) del 05 de setiembre del 2017 el señor Mario Pacheco Loaiza en su condición de apoderado general de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A., presentó sus observaciones con relación a la consulta pública (folios 10.428 a 10.431 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-10225-2017) del 6 de setiembre de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 15 observaciones con relación a la consulta pública (folio 10.432 al 10.446 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante escrito 742-RG-2017 (NI-10265-2017) del 06 de setiembre del 2017 el señor Roberto Jiménez en su condición de Regulador General de la AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS presentó sus observaciones con relación a la consulta pública (folios 10.447 a 10.465 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante escrito sin número (NI-10267-2017) del 06 de setiembre del 2017 el señor Pablo Bello Arellano en su condición de Director Ejecutivo de la ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASJET) presentó sus observaciones con relación a la consulta pública (folios 10.466 a 10.476 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante escrito con número GJ-SPR-141-17 (NI-10271-2017) del 06 de setiembre del 2017 el señor Edgar del Valle Monge en su condición de apoderado generalísimo de CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. presentó sus observaciones con relación a la consulta pública (folios 10.477 a 10.487 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante escrito con número DH-DAEC-0878-2017 (NI-10274-2017) del 06 de setiembre del 2017 la señora

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

Montserrat Solano Carboni en su condición de DEFENSORA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA presentó sus observaciones con relación a la consulta pública (folios 10.488 a 10.521 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).

- Mediante escrito MICITT-DVMT-OF-427-2017 (NI-10276-2017) del 06 de setiembre del 2017 el señor Edwin Estrada en su condición de VICEMINISTRO DE TELECOMUNICACIONES presentó sus observaciones con relación a la consulta pública (folios 10.522 a 10.525 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correo electrónico (NI-10277-2017) del 06 de setiembre del 2017 el señor Franco Pacheco en su condición de Presidente de la UNION COSTARRICENSE DE CAMARAS Y ASOCIACIONES DEL SECTOR EMPRESARIAL PRIVADO (UCCAEP) presentó sus observaciones con relación a la consulta pública (folios 10.526 a 10.528 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-10282-2017) del 6 de setiembre de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 16 observaciones con relación a la consulta pública (folio 10.529 al 10.544 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-10326-2017) del 7 de setiembre de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 50 observaciones extemporáneas con relación a la consulta pública (folio 10.545 al 10.594 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-10343-2017) del 8 de setiembre de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 47 observaciones extemporáneas con relación a la consulta pública (folio 10.595 al 10.640 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-10395-2017) del 9 de setiembre de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 17 observaciones extemporáneas con relación a la consulta pública (folio 10.641 al 10.657 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-10396-2017) del 10 de setiembre de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 14 observaciones extemporáneas con relación a la consulta pública (folio 10.658 al 10.671 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correos electrónicos (NI-10397-2017) del 11 de setiembre de 2017 se presentaron por parte de los ciudadanos, 14 observaciones extemporáneas con relación a la consulta pública (folio 10.681 al 10.694 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
 - Mediante correo electrónico (NI-10434-2017) del 12 de setiembre de 2017, el señor Andrés Fernández Hernández presentó su observación extemporánea con relación a la consulta pública (folio 10.695 del legajo separado del expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017).
29. Que el 14 de setiembre de 2017 mediante oficio 7708-SUTEL-DGM-2017, el equipo técnico remitió al Consejo de la SUTEL el "Informe de atención de observaciones presentadas en la consulta pública de la propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", el cual contempla el análisis de las distintas observaciones remitidas en el marco del proceso de consulta pública.
30. Que se han llevado a cabo las acciones útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

- A. **COMPETENCIA DE LA SUTEL PARA DEFINIR LOS MERCADOS RELEVANTES, ANALIZAR EL GRADO DE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DE TELECOMUNICACIONES Y DEFINIR LOS OPERADORES O PROVEEDORES IMPORTANTES**

I. Que son objetivos de la Ley General de Telecomunicaciones los siguientes:

- Garantizar el derecho de los habitantes a obtener servicios de telecomunicaciones, en los términos establecidos en esta Ley.
- Asegurar la aplicación de los principios de universalidad y solidaridad del servicio de telecomunicaciones.
- Fortalecer los mecanismos de universalidad y solidaridad de las telecomunicaciones, garantizando el acceso a los habitantes que lo requieran.
- Proteger los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, mayor y mejor información, más y mejores alternativas en la prestación de los servicios, así como garantizar la privacidad y confidencialidad en las comunicaciones, de acuerdo con nuestra Constitución Política.
- Promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, como mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles.
- Promover el desarrollo y uso de los servicios de telecomunicaciones dentro del marco de la sociedad de la información y el conocimiento y como apoyo a sectores como salud, seguridad ciudadana, educación, cultura, comercio y gobierno electrónico.
- Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos.
- Incentivar la inversión en el sector de las telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que contenga mecanismos que garanticen los principios de transparencia, no discriminación, equidad, seguridad jurídica y que no fomente el establecimiento de tributos.
- Procurar que el país obtenga los máximos beneficios del progreso tecnológico y de la convergencia.
- Lograr índices de desarrollo de telecomunicaciones similares a los países desarrollados.

II. Que asimismo son principios rectores de la Ley General de Telecomunicaciones los siguientes:

- Beneficio del usuario: establecimiento de garantías y derechos a favor de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, de manera que puedan acceder y disfrutar, oportunamente, de servicios de calidad, a un precio asequible, recibir información detallada y veraz, ejercer su derecho a la libertad de elección y a un trato equitativo y no discriminatorio.
- Competencia efectiva: establecimiento de mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección.

III. Que por Ley N° 8660 del 8 de agosto del 2008, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones; se creó el sector de telecomunicaciones costarricense, y la SUTEL como órgano encargado de "regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones". (Artículos 1, 2 inciso c) y 38 de la Ley N° 8660, 59 y 60 de la Ley N° 7593 del 9 de agosto de 1996, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos).

IV. Que al tenor de los numerales 73 inciso i) y 75 inciso b) de la Ley N° 7593 en concordancia con el 52 inciso b) de la Ley N° 8642 y el 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones, Reglamento del 6 de octubre de 2008; corresponde a la SUTEL determinar la existencia de operadores y proveedores importantes en cada uno de los mercados relevantes y analizar el grado de competencia efectiva que estos presenten.

V. Que el numeral 73 inciso i) de la referida Ley N° 7593 establece que para declarar un mercado como relevante, determinar su nivel de competencia y la existencia de operadores y proveedores con poder sustancial de mercado deberá atenderse a los criterios definidos en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N° 7472 del 20 de diciembre de 1994, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

VI. Que a su vez el artículo 2 del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472, Decreto Ejecutivo N° 37899 del 8 de julio del 2013, define mercado relevante como "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".

VII. Que en esa misma línea, el numeral 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones, establece que el Consejo de la SUTEL "determinará el mercado relevante sobre la base de los criterios que se describen en el artículo 14 de la Ley 7472 y de conformidad con lo establecido en los incisos b) e i) del artículo 73 de la Ley No. 7593"; y preceptúa que por resolución fundada así los declarará y definirá los operadores o proveedores importantes que existan en cada uno de esos mercados. A ese efecto, dispone que la SUTEL deberá emplear los siguientes elementos:

"Una cuota del mercado del operador o proveedor superior al 25%, determinada por la Sutel dependiendo del mercado del que se trate, ya sea por número de clientes, volumen físico de ventas (tráfico), ingresos o cualquier combinación de estas u otros factores que así considere la Sutel.

Control de instalaciones esenciales.

Superioridad o ventajas tecnológicas que no sean fácilmente adquiribles por uno o más de los operadores o proveedores distintos del posible operador o proveedor importante.

Economías de escala.

Integración vertical del operador o proveedor.

Red de distribución y venta muy desarrollada.

Ausencia de competencia potencial.

Obstáculos a la expansión de las operaciones de otros operadores o proveedores.

Exclusividad o dominio en una zona geográfica específica.

Los costos de desarrollar canales alternativos o de acceso limitado. (...)"

VIII. Que, por su parte, el artículo 75 de la Ley N° 7593 preceptúa:

"b) Obligaciones de los operadores o proveedores importantes:

- i. Hacer pública la información que esta solicite, la cual deberá ser suficiente, clara, completa y precisa.
- ii. Mantener contabilidades de costos separadas para cada servicio, de acuerdo con los reglamentos.
- iii. Abstenerse de realizar las prácticas monopolísticas señaladas en el régimen sectorial de competencia correspondiente o en la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor.
- iv. Someterse al régimen tarifario correspondiente.
- v. Dar libre acceso a sus redes y a los servicios que o por ellas presten, en forma oportuna y en condiciones razonables y no discriminatorias, a los prestadores y usuarios de servicios de telecomunicaciones, a los generadores y receptores de información y a los proveedores y usuarios de servicios de información.
- vi. Proporcionar, a otros operadores y proveedores, servicios e información de la misma calidad y en las mismas condiciones que la que les proporciona a sus filiales o asociados y a sus propios servicios.
- vii. Facilitar el acceso oportuno a sus instalaciones esenciales y poner, a disposición de los operadores y proveedores, información técnica relevante, en relación con estas instalaciones, así como cumplir las obligaciones propias del régimen de acceso e interconexión.
- viii. Abstenerse de divulgar o utilizar indebidamente la información de competidores, adquirida al proveer interconexión, arrendamiento o acceso a sus instalaciones esenciales.

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
 18 de setiembre del 2017

- ix. Exigirles que ofrezcan acceso a los elementos de red, de manera desagregada y en términos, condiciones y tarifas, orientados a costos que sean razonables, no discriminatorios y transparentes, para el suministro de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, de conformidad con lo que reglamentariamente se indique. El cálculo de los precios y las tarifas estarán basados en los costos atribuibles a la prestación del servicio y de la infraestructura, los cuales deberán incluir una utilidad en términos reales, no menor que la media de la industria nacional o internacional; en este último caso, con mercados comparables en la industria de las telecomunicaciones.
- x. Suministrar una Oferta de Interconexión por Referencia (OIR), suficientemente desglosada, que contenga los puntos de acceso e interconexión y las demás condiciones técnicas, económicas y jurídicas, que sirvan como marco de referencia para el establecimiento de acuerdos de interconexión o resoluciones de la Sutel. La OIR deberá ser aprobada por la Sutel, la cual podrá efectuar modificaciones, enmiendas o aclaraciones para el cumplimiento de los principios y objetivos de esta Ley.
- xi. Las demás funciones que establece esta Ley."

IX. Que en virtud de lo anterior se concluye que es competencia del Consejo de la SUTEL:

- a) Definir y analizar los mercados relevantes del sector telecomunicaciones.
- b) Determinar la existencia de operadores o proveedores importantes.
- c) Imponer a los operadores y proveedores importantes las obligaciones contenidas en el artículo 75 inciso b) de la Ley 7593.

X. Que asimismo se determina que en la valoración de un mercado relevante se deben determinar los niveles de competencia y la presencia de operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones con poder sustancial de mercado que deban ser declarados como importantes.

XI. Que el artículo 6 de la Ley N° 8642 define competencia efectiva como la "circunstancia en la que ningún operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones, o grupo de cualquiera de estos, puede fijar los precios o las condiciones de mercado unilateralmente, restringiendo el funcionamiento eficiente de este, en perjuicio de los usuarios" (inciso 7); y a los operadores o proveedores importantes como aquellos que ostentan "capacidad de afectar materialmente, teniendo en consideración los precios y la oferta, los términos de participación en los mercados relevantes, como resultado de controlar las instalaciones esenciales o hacer uso de su posición en el mercado" (inciso 17). Así la competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones se asocia con una circunstancia en la que no existe un operador o proveedor importante con poder sustancial de mercado o un grupo de estos que ejerzan dominancia conjunta.

XII. Que mediante la resolución RCS-082-2015 de las 12:50 horas del 13 de mayo de 2015, publicada en el Alcance Digital N° 39 al Diario Oficial La Gaceta N° 104 del 1° de junio del 2015, el Consejo de la SUTEL integró los anteriores elementos en una metodología de análisis que permite determinar el grado de competencia que prevalece en un determinado mercado.

XIII. Que, en consecuencia, la revisión de mercados relevantes no sólo es una obligación del Regulador, sino que también constituye una práctica común, necesaria y continua tendente a adaptar la regulación a las circunstancias que presentan los distintos mercados de telecomunicaciones en respuesta a los cambios tecnológicos y las preferencias de los consumidores. De ahí, SUTEL ostenta la competencia legal para que en el caso de que los mercados no se encuentren en competencia efectiva, imponer las obligaciones a los operadores y proveedores importantes en los términos y forma previstas en el artículo 75 de la Ley N° 7593.

B. OBSERVACIONES RECIBIDAS EN LA CONSULTA PÚBLICA PARA LA REDEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE MINORISTA DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES, DECLARATORIA DE OPERADORES IMPORTANTES E IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

- I. Que en el proceso de consulta pública que se llevó a cabo entre el 17 de agosto de 2017 y el 06 de setiembre de 2017, según publicación en Gaceta N° 154 del 16 de agosto de 2017, se recibieron una serie de observaciones sobre la propuesta consultada.
- II. Que el día 14 de setiembre de 2017 mediante el informe 7708-SUTEL-DGM-2017, el cual es acogido en su totalidad por este Consejo, el equipo técnico analizó las observaciones recibidas en el proceso de consulta pública. En lo que interesa, indica lo siguiente:

“

4. ANÁLISIS DE OBSERVACIONES RECIBIDAS DURANTE LA CONSULTA PÚBLICA.

La SUTEL, con su equipo técnico, se ha dado a la tarea de analizar todas las observaciones presentadas durante el plazo conferido en la consulta pública. Para cada una de las observaciones presentadas, se transcribe la observación presentada, posteriormente se realiza el análisis correspondiente, el cual se divide en tres secciones: Fundamento Jurídico, Análisis Técnico y Conclusión. En el fundamento jurídico se indica la normativa aplicable en relación con la observación, en el análisis técnico, se desarrollan los argumentos en relación con la posición sean estos ingenieriles, económicos o jurídicos, y en la conclusión, se indica si del análisis correspondiente, se debe modificar o adicionar algún argumento a la propuesta sometida a consulta pública.

4.1. Observaciones presentadas por los usuarios
4.1.1. Formalidades

Las observaciones fueron presentadas por los ciudadanos quienes se encuentran legitimados para ser parte de la consulta pública. Sin embargo, no en todos los casos se cumplen con las formalidades mínimas para poder determinar quién es la persona y/o el carácter en que la presenta ya que en muchos casos no se indica el nombre y apellidos o cédula de identidad de quien remite la observación.

Tampoco consta en algunos casos el medio de notificaciones por haber sido enviadas las observaciones por medio de MMS o de tener una función de privacidad que no permite visualizar el remitente.

De la totalidad de observaciones presentadas por los usuarios se adjunta la lista en Anexo Digital, donde se indica el nombre de la persona, el medio de notificación para cada caso, así como los principales argumentos de cada observación y su petitoria (lo anterior según conste en cada caso dicha información).

Del análisis de las formalidades mínimas exigidas para la participación en este procedimiento de consulta, se observa que las observaciones remitidas por los usuarios carecen de la respectiva firma, así como los argumentos de hecho o de derecho que sustenten su posición, así según lo exigido en el artículo 12 de RIART y supletoriamente en el artículo 285 y concordantes de la Ley General de la Administración Pública 6227 razón por la cual no resultan admisibles, sin embargo, se procederá a analizar los principales puntos indicados por los usuarios toda vez que SUTEL reconoce que existe un interés de los manifestantes en el proceso puesto en consulta.

4.1.2. Posición

Las observaciones presentadas por los ciudadanos se refieren a una supuesta propuesta de fijación tarifaria del cobro de Internet por descarga o bien a la implementación de la política de uso justo.

Es importante indicar que la mayoría de las observaciones presentadas corresponden a un formato previamente establecido, que es idéntico en cuanto al argumento y petitoria. En este sentido, se identifican los siguientes argumentos:

- Argumento A: Como están en periodo de consulta pública acerca de la propuesta para eliminar regulaciones tarifarias, quería hacer llegar mi opinión acerca de que NO estoy de acuerdo que se realice el cobro por descargas y exijo, como ciudadano, que se proteja un modelo de telecomunicaciones inclusivo y accesible para todos.

- *Argumento B: Por este medio me permito saludarles y a la vez aprovecho para expresar mi completa desaprobación ante la gestión que realiza la SUTEL para cobrar por descarga los datos en Internet. Así mismo no estoy de acuerdo con que se limite a la población la velocidad de navegación en internet después de determinada cantidad de datos que se hayan bajado. Esto va contra el derecho histórico que tenemos los costarricenses que definimos que la internet en Costa Rica se cobra con tarifa plana, favoreciendo la democratización del acceso a internet para toda la población. Esta medida que quiere imponer la SUTEL atenta contra este logro del pueblo costarricense y se aleja de su OBLIGACIÓN para la que fue creada: la defensa al consumidor de telecomunicaciones, y no al lucro de empresas transnacionales.*
- *Argumento C: Sirva el presente mensaje para manifestarles mi absoluto desacuerdo con el cobro por descarga, esto afecta como siempre sucede con medidas de esta naturaleza, a las personas con menores ingresos y que probablemente más necesitan acceso libre a internet. Los mercados no se regulan solos como pretenden ustedes con esta medida, de sobra quedó demostrado con la crisis del 2008. Si ustedes no desean cumplir con la función para la que fueron nombrados deje (sic) sus cargos (y jugosos salarios) para que llegue gente que sí desea cumplir con esa labor y lo pueden hacer bien. Recuerden, ustedes son simples depositarios del poder, el soberano, el pueblo es quien manda.*
- *Argumento D: No estoy de acuerdo con el pago de Internet por descargas. Es injusto.*
- *Argumento E: Expreso mi desaprobación ante la gestión que realiza la SUTEL para cobrar por descarga los datos en Internet. No podemos estar de acuerdo con que se le limite a la población la velocidad de navegación en internet después de determinada cantidad de datos que se hayan bajado. Esto va contra el derecho histórico de los costarricenses, para que Internet en Costa Rica se cobre con tarifa plana, favoreciendo la democratización del acceso a internet para toda la población. Esta medida que quiere imponer la SUTEL atenta contra este logro del pueblo costarricense y se aleja de su obligación para lo que fue creada, defender al consumidor de telecomunicaciones y no a las transnacionales que se han aprovechado de la infraestructura que el pueblo costarricense ha construido a través del ICE.*

En cuanto a las pretensiones, de las observaciones que las contienen, se identifican las siguientes:

- *Pretensión 1: Quiero un modelo de Telecomunicaciones inclusivo y accesible para todas las personas.*
- *Pretensión 2: Les pido que ejerzan su labor regulatoria, no que dejen que sea "el mercado" quien regule.*

4.1.3. Fundamento Jurídico

El objeto y fundamento del proceso de consulta llevado a cabo por la SUTEL está contenido en el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, base del funcionamiento y sustento de la actividad que realiza la SUTEL. En particular en lo referente a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), Ley 7593, en sus artículos 60 incisos a), b), c), d), f), e i) y el artículo 73 incisos a), c), e i); además, la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, en sus artículos 2 incisos a), b), d), e) y el artículo 3.

Asimismo, legislativamente se estableció que el mercado de las telecomunicaciones se caracterizaría por ser un mercado cuya prestación de servicios se daría en una situación de competencia. Es por lo anterior que la Ley General de Telecomunicaciones establece dos escenarios luego de la apertura del mercado de telecomunicaciones; así, el artículo 50 refiere a un primer escenario donde la SUTEL establecerá inicialmente las tarifas de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, pero la misma norma deja claro que la SUTEL deberá cumplir con las obligaciones antes descritas y realizar los análisis del grado de competencia en el mercado de manera tal que, en caso de darse las condiciones suficientes para garantizar la competencia efectiva, deberá emitir una resolución fundada en la que se elimine la regulación tarifaria, con el fin de que las condiciones de la competencia efectiva identificadas en un mercado específico, beneficien a los usuarios de telecomunicaciones, al generar dinamismo y mejores condiciones para los usuarios de ese mercado específico.

Resulta claro que en este proceso SUTEL ha dado cumplimiento a lo exigido por la Ley para determinar la existencia de condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones móviles.

4.1.4. Análisis técnico

Del análisis integral de la totalidad de observaciones presentadas por los usuarios se identifican las siguientes preocupaciones sobre el proceso.

4.1.4.1. Sobre la supuesta fijación del cobro por descarga o del establecimiento de la política de uso justo

Sobre el particular es necesario aclarar que circuló en redes sociales una información de que la SUTEL supuestamente pretendía con este proceso de consulta fijar una tarifa de cobro por descarga o bien establecer una política de uso justo. Los mensajes circulados por redes sociales indujeron a error y confusión a los usuarios acerca del proceso sometido a consulta pública y su alcance.

Es menester aclarar que la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones" no guarda relación con el establecimiento de un modelo tarifario para el servicio de internet móvil (cobro por descarga), ni se pretende con éste establecer la política de uso justo¹.

Por lo anterior, los argumentos en relación con una supuesta fijación del cobro por descarga o del establecimiento de la política de uso justo, al no tener relación con el presente proceso, no son de recibo.

4.1.4.2. Sobre la existencia de un modelo inclusivo y accesible

Respecto a la preocupación de que exista un modelo inclusivo y accesible para todas las personas sin importar su estrato social, es importante aclarar que la propuesta puesta en consulta no afecta en nada las obligaciones y competencias legales con que cuenta SUTEL para garantizar el cumplimiento de los principios de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en la Ley 8642.

Es necesario tener claro que el Régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad es el garante de que la SUTEL pueda establecer los mecanismos que permiten el acceso real de los habitantes de cualquier zona y región del país, indistintamente de sus ingresos, a los servicios de telecomunicaciones.

Así la propia Ley 8642 establece las herramientas con que cuenta la SUTEL para reducir la brecha digital; garantizando así una mayor igualdad de oportunidades y de disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento. Precisamente, la visión inclusiva del legislador permitió la creación del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL); este fondo, además de administrar los recursos necesarios, es quien también se encarga de cumplir con los objetivos y principios de acceso y servicio universal de la mano con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

Los principios de solidaridad y acceso universal procuran que las telecomunicaciones lleguen a toda persona que desee contar con un servicio de esta naturaleza, cubriendo así las necesidades de los sectores más excluidos de la población. De esta manera es claro que una eventual declaratoria de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones móviles no cambia el hecho de que Costa Rica cuente con modelo de telecomunicaciones inclusivo y accesible a todas las personas, el cual se materializa mediante la figura de FONATEL.

Así, en cuanto a la preocupación de los usuarios sobre la existencia de un modelo inclusivo y accesible, se concluye que la propuesta puesta en consulta no afecta el cumplimiento de las obligaciones de la SUTEL derivadas de los principios de acceso universal, servicio universal y solidaridad contenidos en la Ley, los cuales son cumplidos a través del Fondo Nacional de Telecomunicaciones.

4.1.4.3. Sobre la democratización del acceso a internet

En relación con el argumento de que una eventual declaratoria de competencia efectiva va en contra de la democratización del servicio de acceso a internet alcanzado por Costa Rica, es necesario tener presente que

¹ La política de uso justo es una medida para gestionar el tráfico de datos en las redes móviles, con el fin de garantizar el acceso de todos los usuarios a los servicios de internet móvil, por lo tanto no se trata de una fijación o liberalización tarifaria.

Costa Rica optó por un mercado de telecomunicaciones abierto a la competencia, donde coexisten un operador público y operadores privados, sobre la base como bien lo indica la Contraloría General de la República en su Informe DFOE-IFR-IF-11-2011 de una "regulación liberalizadora". Para la Contraloría "se hace referencia a la liberalización cuando se está frente a una política económica de flexibilización de los mercados, que consiste en el retiro de las prohibiciones u obstáculos que el Estado ha introducido en la legislación y que restringe a los productores y operadores vender, y a los consumidores a elegir. En efecto, la liberalización implica la supresión de los monopolios y de aquellas actividades declaradas servicios públicos que, en su noción clásica o nacionalizada, sólo los poderes públicos estarían habilitados para desarrollar. Así, la liberalización supone fundamentalmente devolverle a la sociedad civil y a la libre iniciativa económica...".

En ese sentido el modelo de acceso a los servicios de telecomunicaciones elegido por el país, y consagrado en el año 2008 mediante la Ley General de Telecomunicaciones, es uno de competencia. Este modelo de competencia es justamente el que ha permitido democratizar el servicio de acceso a internet en el país, así las cosas, no se puede obviar que antes de la apertura Costa Rica contaba con una de las tasas más baja de penetración del servicio de internet, tanto fijo como móvil, a nivel Centroamericano. Mientras que como lo reconoce el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 la competencia en dicho mercado ha hecho que el país se ubique en los primeros puestos a nivel mundial en materia de acceso a internet móvil:

"Y también por lo indicado por el Banco Mundial² quien había concluido en su informe "Costa Rica: a cinco años del CAFTA-DR", quien había dicho que en nuestro país "los niveles de penetración de la telefonía móvil alcanzaron rápidamente los niveles de otros países de la región. A medida que los operadores ampliaron su cobertura para cubrir solicitudes de servicios no satisfechas, los niveles de penetración de telefonía móvil pasaron del 42% en 2008 al 116% en 2012. Actualmente, Costa Rica se sitúa en una posición muy favorable en la región".

Lo anterior se ve reflejado en el nivel de penetración del servicio de internet móvil alcanzado por Costa Rica, la cual se ubica entre los 20 países con un mayor nivel de penetración de internet móvil a nivel mundial según datos del Foro Económico Mundial..."

Por lo anterior, se considera que una profundización del proceso competitivo del mercado lejos de generar un perjuicio para los usuarios, repercutirá positivamente en la penetración y acceso del servicio de acceso a internet de los usuarios costarricenses, como lo evidencian los indicadores y los organismos internacionales. Así, sobre la inquietud en cuanto a la democratización del acceso a internet, se concluye que con la propuesta puesta en consulta se busca cumplir con los fines de promoción de la competencia a través del modelo que es el que ha permitido y permitirá una mayor penetración en el acceso del servicio de internet de los usuarios costarricenses.

4.1.4.4. Sobre la declaratoria de competencia y el papel de SUTEL como regulador

En primer lugar, es necesario indicar que la prohibición a los monopolios y la competencia empresarial, tienen un sustento constitucional, artículo 46 de la Constitución, es por ello que el derecho de elección en materia de comercio se considera como un derecho fundamental.

Es importante aclarar que la declaratoria de competencia en un mercado no implica que la SUTEL deje sin supervisión a quienes operan redes y proveen servicios de telecomunicaciones.

Por el contrario, la declaratoria lo que implica es un cambio en el enfoque regulatorio, enfocándose ahora en las actividades de vigilancia, prevención, intervención y eventual sanción ante cualquier práctica anticompetitiva en que puedan incurrir los operadores, incluyendo el establecimiento de carteles o cualquier tipo de conducta colusoria entre competidores que pueda afectar a los usuarios del mercado.

Así las cosas, SUTEL continuará con sus mandatos de Ley con respecto a la supervisión de la calidad de las redes de telecomunicaciones y protección de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones.

SUTEL cuenta con un marco legal y regulatorio amplio que le otorga diferentes facultades y mecanismos de

² World Bank. (2014). Costa Rica Five years after CAFTA-DR assessing early results for the Costa Rican economy. Report No. 84607-CR. Washington DC.

intervención, así SUTEL mantiene todas sus potestades de protección de los derechos de los usuarios. Asimismo ante una eventual declaratoria de competencia la SUTEL continuaría su acción regulatoria en los siguientes elementos:

- Mejora en la calidad de las redes y los servicios.
- Protección de los derechos de los usuarios.
- Divulgación de información para que los consumidores ejerzan de una mejor manera su derecho a elegir al operador o proveedor de su preferencia.
- En cuanto a las tarifas se mantendrá una constante vigilancia en que éstas se ajusten al nivel de costo del servicio, y que las ofertas comerciales sean acordes a las diferentes necesidades de consumo de todos los usuarios, indistintamente de su condición socioeconómica.
- Cumplimiento de los términos y condiciones establecidos en los contratos de adhesión vigentes.

Es necesario indicar que los usuarios siempre serán un eje central en la actividad de SUTEL, tal y como lo establece la legislación vigente.

Así se concluye en cuanto a la preocupación de los participantes en cuanto al futuro del mercado declarado en competencia, se concluye que con la propuesta no se pretende relegar a la SUTEL de su papel regulador, sino que por el contrario, su actividad se mantendrá acorde al modelo establecido en la Ley.

4.1.5. Conclusión

Esta Superintendencia da por analizadas y respondidas las observaciones presentadas por los usuarios. Del análisis realizado previamente se concluye que no llevan razón las observaciones presentadas en relación con el informe 5971-SUTEL-DGM-2017. Conviene indicar que esta Superintendencia tiene un mandato legal que debe cumplir, por lo que mantendrá su labor regulatoria enfocada en la protección en el usuario, en la mejora en la calidad del servicio y en la promoción de más y mejores servicios para los usuarios.

4.2. Observación presentada por GSMA

4.2.1. Formalidades

La observación fue presentada por el señor Sebastián Cabello en su condición de Director General de la Asociación GSM (GSMA por sus siglas en inglés) América Latina, asociación que se encuentra facultada para ser parte de la consulta pública en virtud de que representa los intereses de los operadores de telecomunicaciones móviles presentes en Costa Rica.

Como medio de notificaciones consta el correo electrónico pszerman@gsma.com

4.2.2. Posición

La GSMA América Latina manifiesta que:

"(...)

La GSMA apoya plenamente la constatación de que el mercado minorista de servicios móviles es competitivo y la eliminación de la normativa vigente sobre los precios de los servicios móviles al por menor. Esta declarativa debe abarcar tanto a los servicios postpagos como a los prepagos. Esto no sólo se justifica a la luz del resultado competitivo y de los beneficios generalizados para el consumidor, como se muestra en el análisis de SUTEL, sino también a la luz de la desaparición generalizada de la regulación minorista como herramienta de fomento de la competencia que hemos visto en todo el mundo en la última década (el resaltado corresponde al original).

(...)

En este sentido, la GSMA considera que los objetivos de la página 232 [116] del documento sujeto a consulta, equivalen a una reglamentación de facto y pueden limitar la competencia. Los mercados competitivos con mínima regulación son los que más capacidad tiene para ofrecer la calidad de servicio

que esperan los usuarios, de acuerdo a sus necesidades. Los mejores resultados se obtienen en mercados competitivos con ofertas comerciales diferenciadas y transparentes que permitan a los usuarios tomar decisiones informadas. Acogemos con beneplácito las medidas para aumentar la transparencia y creemos que estas son suficientes para empoderar a los consumidores y fomentar la competencia en todos los aspectos de los servicios.

(...)

Por todo lo anterior, la GSMA apoya plenamente la constatación de que el mercado minorista de servicios móviles es competitivo y la eliminación de la normativa vigente sobre los precios de los servicios móviles al por menor. Creemos que la competencia y la libertad de competir en todos los aspectos de los servicios siguen siendo el motor más poderoso de la innovación y la calidad del servicio. Apoyamos plenamente la eliminación de la regulación minorista existente sobre servicios móviles en Costa Rica y el análisis de SUTEL que apoya su propuesta (el resaltado corresponde al original).

(...)"

4.2.3. Fundamento Jurídico

Dado que la observación realizada por parte de GSMA no contempla oposiciones a la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", ni tampoco solicita incluir elementos en la misma; es que no se presenta fundamento jurídico.

4.2.4. Análisis técnico

Atendiendo la observación emitida por parte de GSMA en cuanto a que "los objetivos de la página 232 [116] del documento sujeto a consulta, equivalen a una reglamentación de facto y pueden limitar la competencia", se aclara que lo contemplado en la página 232 de la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores" no se constituye en obligaciones en términos de lo indicado en el artículo 75 inciso b) de la Ley 7593, ya que resulta contrario a la práctica regulatoria en materia de revisión de mercados relevantes declarar un mercado en competencia e imponer obligaciones a los agentes de dicho mercado, por lo que se aclara que lo ahí indicado constituye la visión de SUTEL de cara a un mercado desregulado y que dichos elementos serán centrales en la aplicación posterior de su práctica regulatoria.

4.2.5. Conclusión

Esta Superintendencia da por recibida y analizada la observación remitida por parte de GSMA América Latina en la cual expresa que concuerda con lo concluido por parte de la SUTEL en la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", y apoya el proceso de declaratoria de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones móviles.

4.3. Observación presentada por INFOCOM

4.3.1. Formalidades

La observación fue presentada por el señor Oscar Emilio Barahona de León en su condición de Presidente de la Cámara de Incomunicación y Tecnología (INFOCOM), asociación que se encuentra facultada para ser parte de la Consulta Pública como asociación que representa los intereses de determinados operadores de telecomunicaciones que operan en el mercado costarricense.

Como medio de notificaciones consta el correo electrónico aramirez@infocom.cr

4.3.2. Posición

La Cámara de Infocomunicación y Tecnología manifiesta que:

"(...)

Desde INFOCOM, apoyamos dar el paso hacia una Declaratoria que al final, beneficia principalmente a los usuarios de los servicios móviles y demuestra que evoluciona el mercado costarricense en la vía correcta.

(...)

[L]a Declaratoria de Competencia permitirá que los operadores puedan dinamizar su oferta de productos, y tengan mejores condiciones para operar y ampliar su abanico de servicios al tiempo que mejor regulación orientada al control ex post, conlleva mayor seguridad jurídica dentro del mercado, e invita a las empresas a realizar mayores inversiones en beneficio del país.

(...)

En este sentido, apoyamos el proceso que ha realizado la SUTEL con esta propuesta, que fue hecha en el marco de la rigurosidad metodológica y debida fundamentación (el resaltado no corresponde al original).

(...)"

4.3.3. Fundamento Jurídico

Dado que la observación realizada por parte de INFOCOM no contempla oposiciones a la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", ni tampoco solicita incluir elementos en la misma; es que no se presenta fundamento jurídico.

4.3.4. Análisis técnico

Dado que la observación realizada por parte de INFOCOM no contempla oposiciones a la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", ni tampoco solicita incluir elementos en la misma, es que no se presenta un análisis técnico.

4.3.5. Conclusión

Esta Superintendencia da por recibida y analizada la observación remitida por parte de la Cámara de Infocomunicación y Tecnología en la cual externa que concuerda con lo concluido por parte de la SUTEL en la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", y apoya el proceso de declaratoria de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones móviles.

4.4. Observaciones presentadas por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A.

4.4.1. Formalidades

La observación fue presentada por el señor Mario Enrique Pacheco Loaiza en su condición de apoderado general de Telefónica de Costa Rica TC, S.A. (TELEFONICA), que se encuentra facultada para ser parte de la Consulta Pública, como operador y proveedor de servicios de telecomunicaciones.

Como medio de notificaciones consta el correo electrónico mario.pacheco@telefonica.com

4.4.2. Posición

TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC manifiesta que:

"(...)

En términos generales, TELEFÓNICA considera que el análisis efectuado muestra que el mercado de servicios móviles (minorista) se encuentra en competencia efectiva y por lo tanto, apoya en todos sus extremos tanto las conclusiones a las que llega el informe como las recomendaciones vertidas en las páginas 112 y 113 de la propuesta.

(...)

Esta continua mejora en la cobertura y capacidad de las redes denota que los operadores, en particular TELEFÓNICA, lejos de considerar que el mercado se encuentra en una situación estática apuesta por seguir creciendo en cantidad de usuarios y en tal sentido, la evolución de las cuotas de mercado móvil demuestran que estas tendencia de incremento en nuestra participación no ha cesado y nos encontramos haciendo todos nuestros esfuerzos operativos, comerciales y financieros para más bien seguir ganando más cuota de mercado.

En definitiva, estimamos que el análisis de mercado de SUTEL recoge mediante diferentes indicadores esta realidad y que por lo tanto resulta oportuno profundizar el modelo de competencia por el cual Costa Rica apostó desde la apertura...

(...)

Desde la perspectiva de TELEFÓNICA, este paso, consecuente con el modelo de competencia ha resultado beneficioso para la sociedad, no hará sino profundizar aún más la rivalidad y competencia entre los operadores, exigiendo por parte de cada oferente en el mercado móvil más esfuerzos comerciales por aprovechar un entorno regulatorio más flexible.

(...)

TELEFÓNICA reconoce que de acogerse esta propuesta, la SUTEL está llamado a asumir aún más su rol como regulador moderno que vigile el correcto funcionamiento del mercado y el actuar de los operadores de manera que todos los habitantes del país puedan seguir aprovechando -como ya lo hacen de forma mayoritaria y ejemplar- las ventajas de una sociedad que requiere estar conectada en todo momento para aprovechar todo el ecosistema digital.

(...)"

4.4.3. Fundamento Jurídico

Dado que la observación realizada por parte de TELEFÓNICA no contempla oposiciones a la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", ni tampoco solicita incluir elementos en la misma; es que no se presenta fundamento jurídico.

4.4.4. Análisis técnico

Dado que la observación realizada por parte de TELEFÓNICA no contempla oposiciones a la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", ni tampoco solicita incluir elementos en la misma, es que no se presenta un análisis técnico.

4.4.5. Conclusión

Esta Superintendencia da por recibida y analizada la observación remitida por parte de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC en la cual extema que concuerda con lo concluido por parte de la SUTEL en la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", además de no solicitar la inclusión de algún otro elemento en la misma y apoya el proceso de declaratoria de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones móviles.

4.5. Observaciones presentadas por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos

4.5.1. Formalidades

La observación fue presentada por el señor Roberto Jiménez Gómez en su condición de Regulador General de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos.

La ARESEP está comprendida por cuatro órganos establecidos por ley, sean ellos: a) la Junta Directiva; b) un Regulador General y un Regulador Adjunto; c) la Superintendencia de Telecomunicaciones; y d) la Auditoría interna (artículo 45 de la Ley 7593).

En el caso de la SUTEL, el legislador estableció en el artículo 59 de dicha ley que "[l]a Sutel es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos...", con competencias exclusivas y excluyentes. Ello quiere decir que en estas materias (desconcentradas) ningún otro órgano de la ARESEP puede interferir en la toma de decisión de la SUTEL; con lo cual se resalta la importancia de la independencia de esta Superintendencia que ha sido sostenida en varios instrumentos internacionales.

Para el cumplimiento de las funciones de la SUTEL, la Ley 7593 en su artículo 69, establece que este órgano tendrá una organización de apoyo formada por profesionales en las materias de su competencia. En consecuencia, la SUTEL es el órgano dentro de la ARESEP que cuenta con el recurso especializado y técnico en materia de mercados de telecomunicaciones.

En este orden de ideas, la Procuraduría General de la República en su dictamen C-126-2010, señaló:

*"Es claro que el ámbito de la desconcentración que disfruta la SUTEL cubre sus competencias en materia de telecomunicaciones. En ese ámbito, la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos tiene una **competencia de excepción**, de modo que solo participa en la regulación de las telecomunicaciones en los casos que excepcionalmente su Ley Orgánica y la Ley General de Telecomunicaciones señala. (...) Cabe agregar como competencia de la Junta Directiva, la resolución de los recursos contra la fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones realizada por la SUTEL, artículo 53, inciso o de la Ley 7593, la emisión de criterio respecto de la propuesta de normas técnicas que hace SUTEL al Poder Ejecutivo, artículo 73, inciso r de la citada Ley 7593.*

*Más allá de las competencias específicas reconocidas por la Ley a la Autoridad Reguladora, **los órganos de este ente distintos de la SUTEL se ven imposibilitados de tomar decisiones** respecto de la regulación de las telecomunicaciones" (El resaltado es intencional).*

Lo anterior, ha sido reconocido por la propia ARESEP mediante oficio 1153-DGAJR-2016 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, criterio acogido por la Junta Directiva en resolución RJD-019-2017, en la que se señaló lo siguiente:

*"De la simple lectura, **no se desprende que la "Definición de mercados y análisis del grado de competencia, designación de operadores o proveedores importantes y la imposición de obligaciones específicas de los mercados asociados a los servicios móviles: ...", se encuentra dentro de los presupuestos ahí establecidos"**, entendiéndose por presupuestos los establecidos en los artículo 73 inciso h) y 81 de la Ley 7593, entre los cuales se encuentra las "fijaciones tarifarias que deban realizarse de conformidad con la Ley general de telecomunicaciones."*

De la anterior cita, se desprende que la Junta Directiva y la Dirección a su cargo, son contestes con nuestro

entendimiento que la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores" contenida en el oficio 05971-SUTEL-DGM-2017, no es un acto de fijación tarifaria y por ende no forma parte de las materias sobre las que la ARESEP cuenta con margen de intervención en la actividad de la SUTEL.

Sobre la legitimación activa de la ARESEP y de su Regulador General, la doctrina nacional nos informa que "[l]a legitimación es una aptitud especial o una capacidad calificada para ser parte en algún procedimiento administrativo o en algún proceso. Tal capacidad procesal se deriva de la **relación existente** entre la esfera de intereses y derechos de tal sujeto con la conducta realizada por otro sujeto que legítimamente **invadió su esfera de intereses y derechos.**" (Manrique Jiménez, La legitimación, en *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, obra colectiva, Poder Judicial, 2006, pág. 79).

De la anterior cita y con vista del caso de marras, lo cierto es que el Regulador y la Aresep tienen potestades, poderes habilitantes que necesariamente requieren ser dispuestos por ley.

En tal sentido, los artículos 53 de la Ley 7593 y 6 del RIOF, determinan las funciones, deberes y atribuciones de la Junta Directiva de la ARESEP. Por su parte, tales competencias del Regulador General están definidas en los numerales 57 de la Ley 7593 y 9 del RIOF. De las normas citadas es posible concluir que ni la Junta Directiva, ni el Regulador General poseen atribuciones para intervenir como parte en este procedimiento administrativo de competencia de la SUTEL.

Aún en el supuesto de que el Regulador fundamentara su legitimación en la defensa de intereses legítimos colectivos (v.gr. usuarios finales, entre otros) estamos hablando de una legitimación institucional que debe venir por ley. En tal sentido, la ley de creación de la ARESEP establece dentro de dicha entidad un órgano de desconcentración máxima que tiene atribuidas las competencias relativas a la protección de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones. En tal sentido, la SUTEL es el órgano dentro de la ARESEP a la cual le corresponde garantizar y proteger los derechos de los usuarios de telecomunicaciones.

Ahora bien, si la legitimación del Regulador se alega sobre la base de la relación de jerarquía, debe estarse a lo indicado en cuanto a la desconcentración máxima de la SUTEL.

Se ha señalado que la legitimación es la "consideración especial que tiene la ley, dentro de cada proceso a las personas que **se hallan en una determinada relación con el objeto de litigio** y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en el proceso." (Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, pág. 193)

Como puede observarse, entre la ARESEP y el objeto de la consulta pública o el procedimiento en cuestión, no existe una relación (intereses, potestades). Como puede advertirse, una persona puede tener legitimación, únicamente, cuando se encuentre en una "relación determinada con el objeto del procedimiento", esto es, la pretensión. La relación deriva de la titularidad por la parte interesada de una situación jurídica sustancial (derecho subjetivo o interés legítimo).

Así las cosas, en virtud de lo expuesto anteriormente puede concluirse que la ARESEP ni su Regulador General tienen legitimación activa para intervenir en el procedimiento (y fase de consulta pública) mediante el cual, el Consejo determinaría el grado de competencia del mercado de telecomunicaciones móviles, y según proceda, determinar los operadores importantes e imponer las obligaciones que correspondan.

No consta medio para recibir notificaciones.

4.5.2. Posición

La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos manifiesta que:

- "
- I. ANTECEDENTES

El oficio citado, se elaboró considerando la metodología contenida en la resolución RCS-082-2015 "Metodología para el análisis del grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones". Esta Metodología no es clara ni precisa respecto a los cálculos, demostraciones o evidencia técnica puntual que se debe de recabar o calcular para poder afirmar que el mercado minorista de las telecomunicaciones de servicios móviles, cuenta con las condiciones para establecer competencia efectiva.

...

II. OBSERVACIONES Y OBJECIONES A LA PROPUESTA

De seguido, se indican una serie de observaciones técnicas al oficio 05971-SUTEL-DGM-2017.

1. Observación general sobre falta de motivación

Del análisis del informe preparado por la SUTEL se concluye que no se logra demostrar, que efectivamente el mercado minorista de las telecomunicaciones de servicios móviles, cuenta con las condiciones para establecer competencia efectiva.

Esto porque hay varias "conclusiones" que parecen ser solo apreciaciones, puesto que les falta mayor sustento por medio de prueba idónea. Es decir, existe un conjunto de conclusiones categóricas con respecto al análisis de sustituibilidad, elasticidad de la demanda, análisis de barreras de entrada al mercado, concentración de mercado, estructura de mercado, dimensión geográfica, entre otras, las cuales carecen de un análisis suficiente para que mediante los instrumentos utilizados se pueda concluir que existen las condiciones de competencia efectiva. En las secciones siguientes se detallan las observaciones de cada uno de estos aspectos.

2. Con respecto al análisis de sustituibilidad

En el documento no se identifica el modelo (econométrico, matemático o estadístico u otro) utilizado para determinar el grado de sustituibilidad de los servicios analizados (mercado del servicio minorista de telefonía móvil). Si bien es cierto, se remite a la encuesta de sustituibilidad, dicha encuesta debe entenderse como un instrumento para la recolección de información e insumo para la aplicación de algún método de Análisis (por ejemplo, test de monopolista hipotético, un modelo de regresión lineal, logit, probit, Bayesiano, o de análisis de datos categóricos en general), para determinar el grado de sustitución de los servicios. No se observa en el documento un cálculo de la elasticidad de la demanda para determinar la sustituibilidad de los bienes o servicios del mercado analizado y el grado de dicha sustitución, incluyendo un análisis de demanda conjunta. Lo que se presenta únicamente como evidencia es el resultado descriptivo de la encuesta aplicada.

3. Con respecto a la dimensión geográfica:

En el documento solo se indica que dicha dimensión es nacional. Sin embargo, no se analiza esta característica con respecto a las posibilidades de limitar o potenciar la competencia entre los actuales oferentes del servicio. No se describe ninguna prueba para determinar cómo la dimensión y distribución geográfica actual, puede estimular o limitar la competencia, o bien, por qué no realizar algún tipo de pruebas como las indicadas en la literatura de competencia (por ejemplo, prueba de envío en presencia o ausencia de discriminación de precios). El estudio parte de un supuesto de que el país es en general Homogéneo desde el punto de vista de la dimensión geográfica.

4. Estructura de mercado:

El gráfico 2 de la página 36 realiza una comparación de la cantidad de operadores móviles de red para Países comparables a Costa Rica; sin embargo, no se indican los criterios que se utilizaron para establecer cómo dichos países son similares a Costa Rica, cuáles son las características que los hacen comparables (tecnología, extensión territorial, población, acceso, velocidades del servicio, características de la demanda, infraestructura, etc.).

...

Respecto a la conclusión indicada en el último párrafo de la pág. 363 que señala la suficiencia en la cantidad de operadores en el mercado nacional, no se observa el sustento para su determinación y a la vez podría generar conductas colusivas, aspecto que no se analiza.

5. Concentración de mercado:

Los cálculos para diferentes periodos del índice de HHI indican distintos niveles en dicho índice, sin embargo, no se analiza el impacto que esas diferencias puedan tener en el mercado bajo estudio.

Adicionalmente, podrían considerarse otros índices como por ejemplo de concentración absoluta, índice de entropía e índice de dominación, para contrastar

...

6. Barreras de entrada al mercado

Se indica en el documento (página 75) que tanto Kólbí, Movistar y Claro poseen economías de escala. No se indica el criterio técnico bajo el cual se determina la existencia de economías de escala (por ejemplo, mediante un análisis estadístico o econométrico que relacione costos fijos, totales, medios y marginales, etc., con los respectivos niveles de producción u oferta del servicio).

...

En el caso de las economías de alcance tampoco se efectúa un análisis que permita determinar la influencia que pueda tener un operador incumbente que brinda simultáneamente servicios de distribución de electricidad y que podría afectar la competencia en este mercado, dado que se trata de servicios de redes.

7. Despliegue de infraestructura y cobertura

Sin embargo, no se presenta la lista de cantones que tienen limitaciones en despliegue de infraestructura y, por lo tanto, no existe posibilidad de competencia efectiva en este momento. Tampoco se presentan datos del porcentaje de usuarios con opción de un único proveedor del servicio con respecto al total país, provincia, región, etc.

8. Elasticidad de la demanda:

No se aportan estudios técnicos que evidencien el tipo y grado de elasticidad de la demanda del servicio, lo anterior se fundamenta según lo manifestado en el párrafo anterior en una apreciación de los operadores y no en un análisis sustantivo.

...

En general no se observa cómo se puede concluir cuál podría ser el beneficio para el usuario del proceso de apertura de las telecomunicaciones, el beneficio adicional que se espera de esta declaratoria de apertura.

9. Denuncias por prácticas anticompetitivas

En esta sección 4.5, pág. 68, se debe hacer un mayor análisis de la evolución de las denuncias según el año, tema o gravedad. Sobre todo de sus implicaciones para la competencia. Se citan siete denuncias, de las cuales dos están pendientes de resolver en temas relevantes como estrechamiento de márgenes en telefonía móvil y condiciones discriminatorias; cuatro denuncias fueron desestimadas y solo una fue resuelta. Al respecto, esta información no permite realizar un análisis pormenorizado de las implicaciones que pudieran tener en el tema de prácticas anticompetitivas o los cambios que se requieren en los

instrumentos de regulación que utilizaría la SUTEL para la atención de estas u otros denuncias.

...

Al respecto, se debe indicar que si bien en el citado cuadro, se realiza una descripción de las investigaciones efectuadas por denuncias de presuntas prácticas monopolísticas, con dicha información, hay poca evidencia (no se motiva suficientemente), para concluir en el oficio indicado, que en las denuncias no hay un patrón que indique que en los últimos años, alguno de los agentes del mercado haya ejercido su poder de Mercado.

10. Participación en el mercado:

El informe no analiza a qué se debe la pérdida de participación de mercado por parte de Kölbi y el crecimiento de Claro y Movistar (ver página 37). Esto es importante para poder concluir si la tendencia se mantendrá y favorece a la competencia o si se puede revertir en cualquier momento, es decir, si obedece a factores estructurales, coyunturales u otros. Lo anterior es relevante porque tiene implicaciones en la declaratoria de "competencia efectiva" y sus efectos económicos.

Otro ejemplo de falta de motivación, es el observado en la página 47 último párrafo sobre los ajustes en las políticas comerciales de Kölbi, donde se refiere a que Claro y Movistar no se han limitado a seguir dicha política, sino que son independientes.

En este caso la evidencia es muy reciente para que se pueda afirmar que constituye una tendencia, además de que es un caso particular.

11. Concentración de mercado:

En general, no hay pruebas de causalidad entre el grado de concentración y el grado de competencia o entre el HHI y la competencia. Tampoco hay pruebas de poder de mercado (tipo Shaffer⁴). Se puede observar en las páginas 37, 38.

12. Dimensión de producto:

Respecto al último párrafo de la página 32, se sugiere hacer análisis de similitud (estadístico y mapeo de escalas multidimensionales) de bienes y publicidades y tipos de ofertas, para sustentar lo ahí señalado.

Por otro lado, respecto a la afirmación que se hace en la página 33, tercer párrafo: no hay suficiente evidencia de las pruebas ni de los modelos utilizados para su determinación, no hay funciones de demanda ni de oferta, no hay estimaciones de elasticidades, de las elasticidades precio de la oferta y de la demanda, del mismo bien y de los bienes sustitutos y complementarios.

13. Comportamiento reciente de los participantes del mercado

Sobre este tema se tiene algunas observaciones puntuales:

1. No hay estimación de las funciones de demanda y de oferta (Página 41, segundo párrafo).
2. Para complementar, se puede aportar la prueba a la conjetura de si hay un comportamiento a lo Stackelberg (página 46, tercer párrafo).
3. No hay evidencia de modelos de interacción estratégica (página 53: tercer párrafo).
4. No hay evidencia de pruebas de cambio estructural dinámico (a lo Chow) (página 58, primer párrafo).
5. No hay prueba de modelos de Logit, Probit o de Econometría de Eventos que demuestren lo señalado (Página 67, tercer párrafo).

14. Rentabilidad:

Sobre esta afirmación no se explica el concepto de rentabilidad desproporcionada, tampoco la relación que pueda existir entre esta rentabilidad desproporcionada y que existan eventuales abusos. Pag 73, primer párrafo.

15. Economías de escala y alcance:

En las páginas 74 y 75 del oficio 05971-SUTEL-MM-2017, con respecto al tema de "Economías de escala y alcance", la SUTEL afirma que "El sector telecomunicaciones constituye por su misma naturaleza una actividad que posee fuertes economías de escala".

...

A partir de lo anterior, para poder afirmar que hay evidencia de este tipo de economías, se debe de demostrar por medio de cálculos que evidencien que los costos conforme se aumenta la producción, van decreciendo y aumenta la variedad de productos. El análisis contenido en el oficio 05971-SUTEL-DGM-2017, carece o es omiso, de esta evidencia.

En similar sentido, se indica con respecto a las economías de alcance, que "al igual que en el caso de las economías de escala puede desincentivar la entrada de nuevos operadores móviles, pero no genera una situación competitiva desventajosa para ninguno de los tres operadores móviles de red establecidos en el mercado costarricense". El análisis realizado en el oficio 05971-SUTEL-DGM-2017, se centra en el sentido de si el comportamiento o las barreras de entrada perjudican o ponen en desventaja a los operadores existentes, pero ¿No tiene que ver con que afecta a nuevos operadores? Porque se ha dicho que sí hay barreras de entrada para nuevos operadores.

16. Monto de inversión requerida:

En el cuarto párrafo de esta sección no se analiza la barrera que representa la inversión inicial para cualquier nuevo operador, pues solo se refiere a los operadores actuales en el mercado. No hay prueba de causalidad.

...

Al respecto, el hecho de que los operadores pongan a disposición de los usuarios finales información, no permite llegar a la conclusión de que los operadores del servicio de telecomunicaciones móviles, no enfrentan limitaciones a la competencia en los mercados internacionales, y que por ende, ese elemento no representa una barrera de entrada al mercado. A partir de lo anterior, se recomienda motivar debidamente este punto.

17. Beneficio a los usuarios:

Sobre lo indicado en la Pág. 82, primer párrafo que dice "Lo anterior no es exclusivo del mercado costarricense, por ejemplo la OCDE en su documento "Enhancing competition in telecommunications: protecting and powering consumers" ha reconocido que la toma de decisiones del consumidor de telecomunicaciones se ve afectada por factores como los siguientes' no se demuestra de qué manera hay relación entre lo expuesto en el informe citado 6419-SUTEL-DGM-2016 y la referencia a los mercados de la OCDE.

18. Tendencia del mercado:

Se debe considerar que en la reciente subasta del espectro radio eléctrico los únicos oferentes fueron los operadores actuales. La existencia de monopolio, duopolio u oligopolio en un mercado no es un problema per se que tenga efectos dañinos ex ante en el bienestar, para ello se debe contar con una buena regulación. Lo relevante aquí es que dada la composición y estructura del mercado se cree una regulación más robusta (párrafos 2 y 3 página 96).

19. Evolución probable de ofertas comerciales:

En la página 97 del oficio 05971-SUTEL-DGM-2017, con respecto al tema de la "Evolución probable de ofertas comerciales", la SUTEL afirma que, para el caso de Latinoamérica se espera que la velocidad de las conexiones se incremente un 227% en el próximo quinquenio.

Al respecto, la afirmación indicada, carece de un respaldo o fundamentación adecuado, ya que no se indica la fuente que permita concluir lo señalado.

20. *Tendencias históricas de los indicadores relevantes:*

En la página 101 del oficio 05971-SUTEL-DGM-2017, con respecto al tema de las "Tendencias históricas de los indicadores relevantes", la SUTEL afirma que, a partir de los gráficos 33 y 34, «que el mercado mantendrá su tendencia positiva de evolución hacia un mercado menos concentrado y con cuotas de participación más equilibradas».

Al respecto, el respaldo utilizado para fundamentar esta afirmación, sea el gráfico número 33, no hay claridad, de cuál es la metodología o procedimiento de proyección que se utiliza, lo cual, deviene en una falta de fundamentación adecuada.

21. *Acciones regulatorias:*

En las páginas 103 y 104 del oficio 05971-SUTEL-DGM-2017, con respecto al tema de las "Acciones regulatorias", la SUTEL afirma que "(...) a futuro hay una serie de acciones cuya implementación en el mercado favorecerían la competencia del mercado, lo que a su vez debe repercutir en un mayor beneficio para el usuario final."

Al respecto, el oficio 05971-SUTEL-DGM-2017 no fundamenta debidamente, las razones que justifiquen, que las acciones regulatorias son suficientes, para afirmar que todo va a repercutir en un mayor beneficio para el usuario final. A partir de lo anterior, se recomienda motivar debidamente este punto.

22. *La existencia de dominancia conjunta*

Al respecto, se debe indicar que la elasticidad de la demanda (elasticidad-precio de la demanda), es un concepto que en economía se utiliza para medir la sensibilidad o capacidad de respuesta de un producto a un cambio en su precio. En principio, la elasticidad de la demanda se define y calcula como el cambio porcentual en la cantidad demandada, dividido por el cambio porcentual en el precio. Por ende, no es correcto que SUTEL afirme que la demanda sea inelástica o elástica, a partir de las opiniones de los operadores del mercado. A partir de lo anterior, no existe la motivación suficiente para afirmar si las demandas son inelásticas o elásticas.

...

23. *Aspectos puntuales:*

Adicional a los puntos anteriores, se enumeran una serie de aspectos generales que se debieron tomar en cuenta en el desarrollo del informe de la SUTEL Pág. 14 de 118: ítem ii del punto a. sobre el estudio es de percepción en un momento dado, no es intertemporal. Sus conclusiones están supeditadas únicamente a este tiempo de percepción. No se puede generalizar a todos los periodos, al menos que las preferencias del consumidor sean estáticas y homotéticas en su función de demanda. Mismo para la página 15 ítem i y iii de la sección c.

24. *Asuntos de forma:*

Adicional, a los aspectos técnicos que se han enumerado, para darle mayor solidez al informe técnico de la SUTEL, es importante corregir los siguientes aspectos:

- *Se debe indicar en todos los cuadros y gráficos la unidad de medida (Ej. gráficos 1, 2 y 3). En algunos casos también en los ejes de los gráficos (Ej. gráfico 9). Esto para poder dimensionar el tipo de análisis que se efectúa.*
- *Se debe revisar la numeración de las diferentes secciones del informe para que guarden consistencia.*

III. ASPECTOS SUSTANCIALES

1. La falta de motivación

Tal y como se ha detallado en la sección anterior, el informe de la SUTEL adolece de la motivación suficiente en muchos de los aspectos técnicos que se analizan; de tal manera que sus conclusiones y recomendaciones no cuentan con la justificación técnica suficiente.

La existencia de competencia en un mercado específico, o la ausencia de esta, debe ser analizada con mayor detalle; dadas las implicaciones técnicas, económicas, sociales y regulatorias que esto conlleva.

Los aspectos que el informe analiza y los instrumentos que utiliza no son suficientes para poder concluir que existe competencia efectiva en el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

Sobre este aspecto se debe indicar que el argumento utilizado por la SUTEL de que el análisis se efectuó siguiendo lo establecido en la RCS-307-2009 "Definición de los mercados relevantes y de los operadores y/o proveedores importantes", no es justificación técnica suficiente para desvirtuar las conclusiones de los párrafos anteriores, pues este instrumento fue elaborado y aprobado por la misma SUTEL.

2. El rol de seguimiento con los cambios propuestos

De llegarse a aprobar la propuesta de declarar que en el mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles hay "competencia efectiva" y dado que en el informe se indica que debe darse un seguimiento detallado al mercado (pág. 113), es importante que simultáneamente con esta declaración, que indique taxativamente cómo se hará este seguimiento, cuándo se considerará que se han dejado de dar condiciones competitivas y las medidas concretas que se tomarán en este caso. Es decir, se deben establecer las reglas claras para revertir (eventualmente) el proceso de declaración de competencia efectiva; si las condiciones de mercado lo ameritan.

3. Los cambios en el regulador

Se concluye en el informe de SUTEL (págs. 113 a 118) que "El nuevo entorno regulatorio propuesto requiere una transformación del papel del regulador, el cual se (sic) debe ser más vigilante de la evolución del mercado, convirtiendo al usuario en su razón de ser"; además de que debe darse nuevo enfoque del papel del regulador, de los operadores y el usuario. Aunque no se indica textualmente, se infiere del texto que esta transformación del regulador se debe dar debido a la declaración de "competencia efectiva" en el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

Sin embargo, lo recomendable es que el rediseño de la SUTEL debe darse, como mínimo simultáneamente, pero preferentemente con anterioridad a la aprobación de la declaratoria de "competencia efectiva"; no en forma posterior a esta aprobación. Esto implica un proceso completo que debe darse antes de esta declaratoria, pues al momento de ser operativa esta declaratoria, ya la SUTEL debe haber pasado por una significativa transformación que lo convierta en un ente capaz de enfrentar los retos de un mercado en relativa competencia, especialmente en lo que respecta a su rol de defensa de los intereses del usuario.

3. La fiscalización de la calidad del servicio de telecomunicaciones

Las medidas de se recomiendan por parte de la SUTEL deben ir acompañadas de un fortalecimiento del rol de este regulador en materia de fiscalización de la calidad del servicio. Aunque en el informe se incluyen algunos comentarios y un ligero análisis de este tema, es necesario que se presente un mayor análisis y un plan de acción sobre el mismo, tal que se garantice que le apertura hacia la competencia en este mercado, vaya acompañado, al menos de un fortalecimiento de la calidad del servicio.

Las estadísticas mostradas en el informe (ver por ejemplo los gráficos 17 y 18), muestran una situación que alerta sobre las omisiones que en el pasado se han dado en el papel que el regulador debe tener en este mercado y que deben ser superadas en el corto plazo; antes de que se declare la competencia en este sector.

4. Evaluación de medidas alternativas a la declaratoria de "competencia efectiva"

El informe presentado por la SUTEL es omiso en presentar alternativas a la declaratoria de "competencia efectiva" en el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

Medidas tales como el bajar la tarifa tope actualmente fijada, no son analizadas en este informe, a pesar de la evidencia que se presenta en el mismo informe (ver por ejemplo, los gráficos 7 y 8).

6. Otros temas a considerar dentro de la propuesta

Es importante que la propuesta que se ha elaborado tome en cuenta la reciente sentencia de la Sala Constitucional (número 2017-11212 del 14 de julio de 2017) sobre el "uso justo" de internet, para determinar si algún extremo de esta sentencia afecta el contenido del informe de SUTEL.

Igualmente es importante que se tomen en cuenta los resultados de la última subasta del espectro radioeléctrico para telefonía móvil tramitada por la SUTEL (julio-2017) y en donde los participantes fueron los mismos operadores actuales (Claro y Telefónica); lo cual podría dar algunas señales sobre el grado de competencia (o falta de esta) que se podría desarrollar en el mercado nacional en el futuro cercano.

IV. Conclusiones

En ese sentido, debe tomar en cuenta la SUTEL, que para determinar que existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, tal y cómo lo indicó en el oficio 05971-SUTEL-DGM-2017, ese acto administrativo, no puede ser contrario a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (artículos 15, 16 y 160 de la LGAP), ni a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y de la interdicción de la arbitrariedad, según se ha planteado en este análisis.

Así las cosas, si bien la SUTEL tiene la discrecionalidad para utilizar distintas alternativas u opciones a escoger, que sean lícitas, para tomar su decisión, a partir de las consideraciones indicadas ut supra. La Superintendencia, en el acto citado -05971-SUTEL-DGM-2017-, no justificó de forma contundente, que existan las condiciones suficientes para asegurar un mercado en competencia efectiva, además, dicho acto es contrario a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, principios de justicia, lógica o conveniencia, y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

A partir de esa carencia de motivación, que permita demostrar con prueba técnica suficiente, que existe competencia efectiva en el país; se considera que el acto administrativo podría adolecer de un vicio en el motivo, en razón de que los hechos o antecedentes fácticos y jurídicos que lo sustentan, no aseguran que existen las condiciones suficientes para una competencia efectiva en el país en el mercado de telecomunicaciones, por ende, ese posible vicio en el motivo, afecta o incide en el contenido del acto (lo que dispone el acto, ya que utilizó fundamentos erróneos). Se podría valorar si existe un vicio en el fin del acto (algún tipo de desviación o exceso de poder).

En ese orden de ideas, el acto citado, es disconforme al ordenamiento jurídico, ya que se detectan vicios en el motivo, en el contenido, en el fin y en la motivación:

- *En el motivos (i), ya que no existe un motivo un real o jurídico al momento de emitir dicho acto, en tanto no resulta cierta ni acertada, que existen las condiciones suficientes, para declarar la competencia efectiva, tal y cómo se señala supra.*
- *Contiene vicios en el contenido(ii), ya que al no haberse determinado de forma clara y precisa que existen esas "condiciones suficientes", no se podría disponer, que el mercado de "servicio minorista de telecomunicaciones móviles", se encuentra en competencia efectiva (hay una relación intrínseca entre el motivo y el contenido del acto, artículos 132 y 133 de la LGAP),*
- *Todo lo cual incide en el fin, y por ende, se reclama vicios en el fin, ya que lo que resuelva el Consejo de la SUTEL, se aparta del interés público que existe en que las conductas públicas se sometan al bloque de legalidad existente, por tanto, declarar ese mercado en competencia, sin haberse demostrarse de forma suficiente, las condiciones para asegurar una competencia efectiva, contiene vicios en el fin, que produjeron la desviación de poder, al aceptarse esa competencia efectiva, y dejar que los precios los regulen los proveedores (regulación tarifaria ex post) .*

- Además, existe un vicio en la motivación (iv) de esa conducta, no se justificó adecuadamente.

Las debilidades señaladas, contravienen los principios de legalidad, seguridad jurídica, razonabilidad, proporcionalidad, de la interdicción de la arbitrariedad, equilibrio y la justicia objetiva, que deben orientar el quehacer de toda la Administración Pública.

Por ende, al tenor del artículo 223 LGAP, la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento, como las señaladas, acarrearán la nulidad del acto contenido en el oficio 05971-SUTEL-MM-2017.

V. Recomendaciones:

1. SUTEL debe incorporar en el estudio referido una mayor justificación técnica sobre las razones que llevan a recomendar que se declare la competencia efectiva en el mercado minorista de las telecomunicaciones de servicios móviles.

2. SUTEL podría valorar como alternativa a la propuesta de declarar la competencia efectiva, la opción de bajar los topes tarifarios, para acercarlos a los actuales niveles promedios reales de estas tarifas, en vez de declarar competencia efectiva en el mercado relevante (ver, por ejemplo, gráficos 6 y 7 del informe de SUTEL).

3. Antes de declarar la competencia efectiva en el mercado minorista de las telecomunicaciones de servicios móviles SUTEL debe garantizar que se han cumplido con las condiciones enumeradas en la sección 6 de su informe, especialmente en lo que respecta a los cambios que el ente regulador de telecomunicaciones debe implementar para enfrentar el nuevo entorno.

4.5.3. Fundamento Jurídico

La Constitución Política establece un modelo de economía de mercado, en particular el artículo 46 establece que "son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora....".

La Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, Ley 8660, mediante los artículos 1, 2 inciso c) y 38 ordenó la creación del sector de telecomunicaciones, instituyendo la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) como órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.

En concordancia con lo anterior, los artículos 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, y 6 inciso 27) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, establecen como una de las obligaciones fundamentales de la SUTEL aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual deberá actuar en concordancia con las políticas del sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (PNDT), las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

En tal sentido, el artículo 73 inciso i) de la Ley 7593 establece como función del Consejo de la SUTEL el determinar la existencia de operadores o proveedores importantes en cada uno de los mercados relevantes. En concordancia con ello, refiere el numeral 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones que el Consejo de la SUTEL determinará de oficio, mediante resolución motivada, los mercados relevantes y los operadores o proveedores importantes en cada uno de esos mercados.

Por su parte, el artículo 52 inciso b) de la Ley 8642 señala que le corresponde a la SUTEL analizar el grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones; competencia que le fue otorgada en específico a la Dirección General de Mercados (DGM) en los artículos 43 y 44 inciso c) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF).

En caso de que se determine la existencia de operadores y proveedores importantes en alguno de esos mercados, la SUTEL podría imponerles una serie de obligaciones, tal y como lo dispone el artículo 75 inciso

b) de la Ley 7593.

Lo anterior fue reconocido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, PNDT 2015-2021; en el que en su apartado 4.3.3 denominado "Regulación del mercado de las telecomunicaciones" señala que tras la apertura del mercado de las telecomunicaciones la evidencia apunta a la necesidad de que la SUTEL realice las acciones en el ámbito de sus competencias, tendientes a dinamizar y mejorar el funcionamiento del mercado. Para ello, señala el PNDT que es imperioso que se realicen los estudios necesarios y la emisión de la resolución correspondiente para la declaratoria de los mercados en competencia.

Así las cosas, le compete al Consejo de la SUTEL:

- a. Definir y analizar los mercados relevantes del sector telecomunicaciones (entre otros, el grado de competencia efectiva que se presenta en ellos).
- b. Determinar la existencia de operadores o proveedores importantes.
- c. Imponer a los operadores y proveedores importantes las obligaciones correspondientes contenidas en el artículo 75 inciso b) de la Ley 7593.

Para la determinación de los mercados relevantes y los operadores o proveedores importantes en cada uno de esos mercados, la SUTEL debe tomar en cuenta los criterios definidos en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472, (artículo 73 inciso i) de la Ley 7593). Asimismo, podrá considerar los elementos señalados en el artículo 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones.

Fue así como por resolución RCS-082-2015 denominada "Metodología para el Análisis del Grado de Competencia Efectiva en los Mercados de Telecomunicaciones", el Consejo de la SUTEL integró los anteriores criterios en una metodología de análisis que permite determinar el grado de competencia que prevalece en un determinado mercado relevante y si éste se considera relevante o no.

A partir de la citada metodología, la DGM emitió el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 en el que determinó que el mercado relevante del "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" se encuentra en competencia efectiva; al valorarse la concurrencia de dos elementos, por un lado la determinación de la no existencia de uno o más operadores importantes o de dominancia conjunta en el mercado objeto de análisis y por otro lado la determinación de que en el mercado existen la condiciones suficientes para que los proveedores compitan de manera efectiva entre ellos.

La determinación de competencia efectiva en el mercado relevante del "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" conllevaría dos implicaciones desde el punto de vista regulatorio: primero, que se debe retirar la regulación tarifaria minorista³; y segundo, que ese mercado debe eliminarse como un "mercado relevante" regulado de manera ex-ante y consecuentemente, debe prescindirse de toda la regulación ex-ante específica que pudiera tener al momento del análisis realizado⁴.

Cabe señalar, que el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 corresponde a una propuesta o insumo de la DGM al Consejo de la SUTEL, en virtud de la obligación contemplada en el artículo 43 del RIOF de hacer "un monitoreo constante del mercado para determinar cuándo el mercado entra en competencia o deja de estarlo". Sin embargo, el acto final sobre el análisis técnico del mercado relevante del "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" será emitido por el Consejo de la SUTEL, una vez que se valoren las posiciones sobre tal propuesta interpuestas durante el proceso de consulta pública.

En suma, cuando habiéndose analizado técnicamente un determinado mercado de telecomunicaciones se determine que este se encuentre en competencia efectiva, es un deber de la SUTEL eliminarlo como mercado relevante y consecuentemente, prescindir de toda la regulación ex-ante específica que pudiera tener al momento de ese análisis (entre ellas, la regulación tarifaria); siendo imposible la inobservancia de esa obligación en aplicación del Principio de Legalidad que rige el accionar de esta Superintendencia.

Por lo cual resulta claro que se dio cumplimiento a todo lo exigido por la Ley en relación con el análisis del

³ Conforme al artículo 50 de la Ley 8642.

⁴ Con base en lo dispuesto en el artículo 73 inciso j) de la Ley 7593.

mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles”.

4.5.4. Análisis técnico

Observaciones generales

4.5.4.1. Sobre el hecho de que la metodología no es clara ni precisa.

Sobre este punto es necesario indicar que el análisis llevado a cabo por la SUTEL en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 se basa en los elementos y parámetros establecidos en la metodología RCS-082-2015, la cual fue publicada en el Alcance Digital N° 39 a La Gaceta N° 104 del 01 de junio de 2015.

Sobre el hecho de que dicha metodología no es clara ni precisa respecto a los cálculos, demostraciones o evidencia técnica puntual que se debe recabar o calcular para poder afirmar que un mercado cuenta con las condiciones para establecer competencia, se considera que no lleva la razón el Regulador General por lo siguiente:

- La metodología contenida en la RCS-082-2015 se basa en todos aquellos elementos que deben ser analizados por la SUTEL según lo establecido en el marco legal vigente, sea el artículo 73 inciso i) de la Ley 7593, los artículos 14 y 15 de la Ley 7472 y el artículo 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de las Redes de Telecomunicaciones.
- La metodología contenida en la RCS-082-2015 se basa en la práctica internacional en la materia, para lo cual se consideraron criterios emitidos por Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission⁵, la Comisión Europea⁶, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos⁷, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD)⁸ y la Oficina de Telecomunicaciones del Reino Unido (OFTEL)⁹.
- La metodología contenida en la RCS-082-2015 fue sometida a revisión de un consultor internacional en materia de telecomunicaciones¹⁰ con el objeto de validar la razonabilidad de la misma y el apego de esta a las mejores prácticas internacionales en la materia.
- La metodología contenida en la RCS-082-2015 fue sometida a revisión por parte de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), quien como autoridad nacional de competencia es el ente que posee conocimiento técnico especializado en definición de mercados relevantes y valoración de poder de mercado, acordando la COPROCOM en su Sesión Ordinaria N° 06-2015 celebrada a las 17:30 horas del 17 de febrero de 2015 lo siguiente: "Emitir criterio favorable por cuanto luego de analizar el documento se concluye que se trata de un estudio bien fundamentado legal y técnicamente, lo que les ha permitido elaborar una metodología para la determinación de la competencia efectiva en los mercados que incluye los elementos esenciales para llevar a cabo adecuadamente esta tarea."

Además, sobre el hecho de que los parámetros seleccionados por SUTEL se apegan a la práctica usual a nivel internacional en la materia conviene tener presente lo establecido en el documento "Indicators for the assessment of telecommunications competition" de la OECD, el cual establece los siguientes indicadores para la evaluación de competencia en mercados de telecomunicaciones:

⁵ Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission. (1994). *Telecom Decision CRTC 94-19*. Canadá.

⁶ Comisión Europea. (2002). *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*. Diario Oficial, 2002/C 165/03/02. 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, 98/C 265/02.

⁷ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2010). *Horizontal Merger Guidelines*. USA.

⁸ Organization for Economic Co-Operation and Development. (2003). *Indicators for the assessment of telecommunications competition*. DSTI/ICCP/TISP(2001)6.

⁹ Office of Telecommunications. (2002). *OfTel's market review guidelines: criteria for the assessment of significant market power*. Reino Unido.

¹⁰ El Consejo de la SUTEL consideró necesario que dicha metodología fuera sometida a un proceso de revisión y validación por parte de un consultor internacional especializado en materia de telecomunicaciones, para lo cual la SUTEL convocó a los interesados a participar en la contratación N° 2014LA-000015-2014, publicada en el diario oficial La Gaceta N° 154 del 12 de agosto de 2014, siendo que el 19 de setiembre de 2014 se adjudicó la licitación N° 2014LA-000015-2014 a la empresa TELECOMMUNICATIONS MANAGEMENT GROUP INC (TMG) para la revisión del documento elaborado por la SUTEL titulado "Metodología para el Análisis de la Existencia de Condiciones de Competencia Efectiva en los Mercados de Telecomunicaciones", según publicación en La Gaceta N° 180 del 19 de setiembre de 2014.

Categoría	Indicador	Parámetro
Estructura del mercado	Composición del mercado y sus tendencias	Basado en volumen: minutos de llamadas, números de suscriptores; Basado en valores: ingresos; Basado en capacidad: cantidad de líneas instaladas.
	Barreras de entrada/Facilidad de entrada	Parámetros para barreras absolutas: número de empresas, restricciones regulatorias, control de instalaciones esenciales, grado de economías de escala y alcance.
		Parámetros para barreras estratégicas: intensidad de publicidad y capital Integración vertical/ Parámetros para barreras de exclusión: existencia de empresas verticalmente integradas y sus niveles de precios, incluyendo acceso no discriminatorio para productos mayoristas.
Comportamiento del operador	Competencia activa en precio y rivalidades	Rivalidad en competencia en precios: tendencias de precios, grado de reacción a cambios en el precio, existencia de liderazgo en precios.
		Rivalidad cuando no hay competencia en precios: nivel de costos en mercadeo y publicidad, cobertura de redes o servicios.
		Medida indirecta: la existencia de entradas o salidas recientes en el mercado, alcance de dichos movimientos en el pasado.
	Ausencia de comportamiento anti-competitivo y colusión	Prácticas anti-competitivas: cantidad y tiempo dedicado en la suscripción de acuerdos de desagregación de bucle e interconexión, porcentaje de líneas desagregadas por el incumbente, existencia de portabilidad numérica y elección de operador, número de quejas recibidas. Existencia y nivel de colusión (evaluación de sujeto según el contexto).
	Provisión de servicios innovadores	Tarifa diferenciada y rapidez en servicios innovadores.
Rentabilidad y sus tendencias	Tendencias de rentabilidad entre empresas.	
Comportamiento del usuario	Acceso a la información	Encuestas de consumo: avisos regulares de información al consumidor, calidad de los sitios de Internet para información, atención al tiempo de información solicitada.
	Habilidad para utilizar la información y oportunidades del mercado	Encuestas de consumo: estar en posesión de información correcta y suficiente en cuanto a los servicios actuales y alternativos, criterios de comparación.
	Costos de cambio de operador y barreras	Encuestas de consumo: alcance y sustento de barreras en cuanto al cambio de operador, nivel de cambios realizados comparados con el nivel de satisfacción en la información provista.
	Contraprestación del poder adquisitivo	Número de grupos de usuarios, porcentaje de grandes usuarios y su porción en los ingresos, nivel de gastos del usuario por los servicios en proporción al ingreso total.
Beneficios del usuario	Amplia gama de servicios ofrecidos	Tasa de rotación (Churn Rate) de servicios ofrecidos a un umbral.
		Encuestas de consumo: presencia de suficiente oferta de servicios y cambios en el nivel de satisfacción.
	Satisfacción del usuario en cuanto a precio y asequibilidad	Ingresos/número de llamadas (costos fijos), ingresos/número de minutos de llamada Encuesta de consumo: precio adecuado, rentabilidad, simplicidad y facilidad en estructura de tarifas.
	Satisfacción del usuario con la calidad del servicio	Tasa de completación de llamadas/congestión/ interrupción, tiempo para la instalación y reparación, número de fallos, número de quejas reportadas. Encuesta de consumo: nivel de calidad, áreas de preocupación, razones para baja calidad del servicio.

Asimismo, se considera pertinente indicar que llama la atención de la SUTEL el hecho de que el Regulador

General se refiere a los parámetros establecidos en la metodología RCS-082-2015, siendo que en la resolución RJD-269-2015 de las 15:00 horas del 03 de diciembre de 2015 la Junta Directiva de la ARESEP indicó que carecía de competencia para conocer sobre dicha resolución:

"En el caso que nos ocupa, la resolución impugnada RCS-082-2015 dictada por el Consejo de la SUTEL, no refiere a asuntos de fijación de tarifas de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, tasas, cánones o contribuciones, sino que es un [...] documento metodológico que contenga los criterios, variables, indicadores, factores e índices que tomará en cuenta la SUTEL para la implementación futura de sus procesos de revisión del grado de competencia efectiva de los diferentes mercados de telecomunicaciones [...] (folio 64). Por lo que, al tenor de lo establecido en la Ley 7593 y lo indicado por la Procuraduría General de la República, en el dictamen supra citado, la resolución por el fondo del recurso de apelación y su gestión de nulidad interpuestos por el ICE contra dicho acto, se encuentran excluidos de las competencias de la Junta Directiva de la Aresep" (lo destacado es intencional).

Por lo anterior, se considera que la afirmación del Regulador General no es de recibo, toda vez que la metodología empleada por la SUTEL en la revisión del mercado de telecomunicaciones está apegada a las reglas de la ciencia y la técnica, así como a la práctica internacional en la materia.

4.5.4.2. Sobre el análisis de sustituibilidad (puntos 2 y 12)

El Regulador General indica que si bien se remite a la encuesta de sustituibilidad dicha encuesta no es suficiente como fundamento, sino que debe emplearse algún método de análisis como el test de monopolista hipotético o algún tipo de modelo econométrico. Sobre el particular, es necesario indicar que el análisis llevado a cabo por la SUTEL efectivamente incluye la aplicación del test del monopolista hipotético, el cual busca determinar si un pequeño incremento en el precio de un producto (5%-10%) que fuera no transitorio provocaría el que una parte de los consumidores de dicho producto dejaran de comprarlo o empezaran a comprar otro producto.

Es importante destacar que existen diversas formas de aplicar dicho test, lo cual es reconocido por autoridades en esta materia, sobre el particular el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos¹¹ reconoce que una de las formas de aplicar dicho test es emplear "información de los consumidores, incluyendo encuestas, referentes a cómo los consumidores responderían a cambios en precios".

La SUTEL para estimar el test del monopolista hipotético empleó justamente una encuesta a usuarios, que fue contratada mediante la licitación 2015LA-000006-SUTEL, así según consta en las preguntas P29, P31, P45 y P49¹² de la Boleta de Encuesta (visible al Anexo 2 del oficio 5971-SUTEL-DGM-2017 contenido en un CD visible a folio 233 del expediente administrativo) se evidencia que la SUTEL recolectó la información necesaria sobre los criterios de sustitución de los servicios móviles, por lo cual el argumento del Regulador General no es de recibo.

4.5.4.3. Sobre la dimensión geográfica del mercado

Indica el Regulador General que SUTEL se limita a indicar que la cobertura es nacional sin realizar análisis adicionales sobre cómo la definición de dicha dimensión puede estimular o limitar la competencia o pruebas especializadas como pruebas de envío o ausencia de discriminación de precios.

En primer lugar es necesario aclarar que la definición del mercado no analiza per se elementos adicionales como los pretendidos por el Regulador General en su escrito sino que se limita a determinar los límites de un mercado para determinar los productos y empresas entre las cuales existe una competencia cercana en un área geográfica delimitada, en otras palabras, el mercado relevante constituye el objeto de estudio que va a

¹¹ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2010). *Horizontal Merger Guidelines*. USA.

¹² P29) Por el contrario, ¿Usted considera que el Internet móvil, le brinda el mismo tipo de servicio que el Internet fijo?

P31) Si el precio que usted paga por el servicio de Internet móvil aumenta permanentemente en un 10%, es decir ₡1,000 colones por cada ₡10,000, ¿Usted qué haría?

P45) ¿Usted considera que la Telefonía móvil, le brinda el mismo tipo de servicio que la Telefonía fija?

P49) Si el precio que actualmente usted paga por el servicio de telefonía móvil aumenta permanente un 10%, es decir ₡1,000 colones por cada ₡10,000, ¿qué haría usted?

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

ser analizado.

Un mercado relevante incluye todos los bienes y servicios que desde la perspectiva del consumidor son sustitutos cercanos y también a todas las empresas que producen o que podrían fácilmente producir dichos bienes o servicios en un área geográfica determinada.

Ahora, sobre la definición que se hace, la cual a criterio del Regulador General es incorrecta, es necesario indicar que es reconocido por los reguladores de telecomunicaciones que la definición de la dimensión geográfica del mercado relevante viene definida por la cobertura de las redes desplegadas; así la antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de España indica en su resolución MTZ 2011/2503¹³ lo siguiente: "la dimensión geográfica de todos los mercados es aquella zona cubierta por la red del operador que presta los servicios objeto de análisis".

En concordancia con lo anterior la Comisión Europea¹⁴ reconoce que para la definición del mercado geográfico "especial relevancia prestan los requisitos normativos tales como las condiciones de concesión de licencias y cualesquiera derechos exclusivos o especiales que posean los prestadores locales de acceso que compiten entre sí". En ese sentido el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 claramente establece que "las concesiones con que cuentan los actuales operadores móviles de red (OMR) son de alcance nacional, lo que les permite desplegar sus redes con cobertura nacional."

Asimismo en el Cuadro 1 del informe 5971-SUTEL-DGM-2017, donde se analiza la oferta comercial vigente de los operadores para propósitos de definición del mercado relevante, se determina claramente que no existe una oferta comercial diferenciada por zona geográfica, lo que implica que no existe diferenciación o discriminación geográfica por parte de los operadores, sea que los operadores cobren precios diferentes u ofrezcan paquetes diferentes para distintas áreas geográficas, lo que implica que resulta innecesario llevar a cabo pruebas adicionales como las pretendidas por el Regulador General para validar la definición del mercado geográfico.

En virtud de lo anterior, se considera que no lleva razón el Regulador General en relación con sus observaciones en torno a la definición de la dimensión geográfica del mercado relevante, toda vez que los elementos empleados por la SUTEL en esta materia se ajustan no sólo al marco legal vigente sino también a la práctica internacional en la materia.

4.5.4.4. Sobre la estructura de mercado (puntos 4 y 10)

Argumenta el Regulador General que la SUTEL no indica los criterios que se utilizaron para establecer los países comparables empleados como referencia en las comparaciones, sin embargo todas las Tablas donde se emplean dichas referencias indican que las mismas se toman del "Informe final de la Contratación 2015LA-000007-SUTEL", siendo a su vez que el citado oficio 5971-SUTEL-DGM-2017 establece que dicho informe constituye un anexo del informe puesto en consulta pública el cual se encuentra visible al Anexo 1 del oficio 5971-SUTEL-DGM-2017 contenido en un CD visible a folio 233 del expediente administrativo. En el "Informe final de la Contratación 2015LA-000007-SUTEL" consta a páginas 7 a 12 la "Metodología de selección de los países a ser incluidos en la muestra", con lo cual se determina que no lleva razón ARESEP en sus argumentaciones.

Asimismo sobre el argumento del Regulador General de que la cantidad de operadores del mercado costarricense "podría generar conductas colusivas, aspecto que no se analiza", es necesario indicar que dicho argumento resulta incluso contradictorio con lo indicado por la misma ARESEP en una sección posterior de su escrito donde indica que "dos firmas o más son suficientes para mantener mercados competitivos y potencialmente competitivos".

¹³ Resolución por la cual se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

¹⁴ 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, 98/C 265/02.

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
 18 de setiembre del 2017

Un elemento central que debe ser tenido en cuenta respecto al tema de la cantidad de participantes del mercado, es que por las características mismas del sector telecomunicaciones, la cantidad de empresas que ofrecen este tipo de servicios no suele ser muy extenso; al respecto se puede tener en cuenta lo indicado por Escribano y García (2001)¹⁵, quienes sostienen que:

“Sin embargo, en sectores como las telecomunicaciones donde hay altos costes fijos, hundidos, etc., el número de empresas que puede subsistir en un mercado en competencia no puede ser muy grande... en el sector de las telecomunicaciones existen importantes barreras de entrada, debido a los altos costes fijos en que hay que incurrir (despliegue de redes, obtención de licencias, etc.)... Por ello, el número de empresas que pueden sobrevivir en estos mercados es pequeño. Es probable que esto no cambie mientras se mantengan estas características tecnológicas. Otra razón que justifica que el número de empresas sea pequeño en la telefonía móvil, es el hecho de que el espectro radioeléctrico es un recurso escaso”.

Ahora, sobre el argumento de que SUTEL no analiza a qué se debe la pérdida de participación de mercado de parte de Kölbi y el crecimiento de Claro y Movistar y de que la evidencia de que Claro y Movistar no se comportan como seguidores del ICE es muy reciente como para tomar una decisión, es importante indicar que la revisión llevada a cabo por la SUTEL no se enfoca en determinar los factores de éxito que haya tenido la política comercial de un determinado operador como lo pretende el Regulador General, sino en analizar si dichas estrategias han llevado a un cambio en la estructura del mercado hacia una estructura más competitiva que la existente previo a la apertura.

En ese sentido, SUTEL lleva a cabo un amplio análisis de la forma en la que han evolucionado las cuotas de participación de los operadores que conforman el mercado y cómo dicha evolución ha permitido alcanzar una estructura más competitiva, en particular el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 indica lo siguiente “la disminución en la cuota de participación de mercado del operador histórico es un elemento positivo para la competencia del mercado, no sólo porque disminuye la posibilidad de que un agente de gran tamaño afecte los precios y el nivel de calidad del mercado en perjuicio de los usuarios; sino también, porque equilibra el poder de los diferentes agentes del mercado haciendo la competencia más intensa”.

Lo cual es a su vez rescatado por el documento del Banco Mundial¹⁶ quien ha indicado lo siguiente sobre el nivel de competencia del mercado de telecomunicaciones móviles: **“los nuevos actores de mercado se han establecido y compiten activamente con el ICE que a su vez ha generado sus propias estrategias de competencia”.** Todos los indicadores demuestran que después de la liberalización del sector, Costa Rica está bien posicionada en comparación con países latinoamericanos de similar PIB per cápita. Los consumidores hoy pueden adquirir una línea celular de inmediato, sin las largas esperas que abundaban antes de la liberalización. La contribución del sector de telecomunicaciones al PIB se incrementó sustancialmente. Por último, el sector ha contribuido con el crecimiento económico del país atrayendo grandes flujos de IED, y beneficiando a los consumidores debido a la reducción de precios y al mayor acceso a internet y líneas celulares” (lo destacado es intencional).

En virtud de lo anterior, se considera que no lleva razón el Regulador General en relación con sus observaciones.

4.5.4.5. Sobre la concentración de mercado (puntos 5 y 11)

Indica el Regulador General que SUTEL pudo haber empleado otros índices de concentración distintos al HHI y que se debieron establecer pruebas de hipótesis sobre los resultados del mismo.

En relación con la aplicación de dichos índices de concentración es necesario indicar que el índice seleccionado, sea el HHI, es el indicador más empleado por reguladores de telecomunicaciones para calcular el nivel de concentración del mercado, al respecto se pueden considerar como ejemplos de reguladores que

¹⁵ Escribano, A. & García, A. (2001). Evolución de la estructura de mercado de las Telecomunicaciones en España. Revista Infraestructuras y Medio Ambiente.

¹⁶ World Bank. (2014). Costa Rica Five years after CAFTA-DR assessing early results for the Costa Rican economy. Report No. 84607-CR. Washington DC. Pág. 44.

emplean este índice la Comisión de Mercados y Competencia de España (CNMC)¹⁷, la Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia (CR)¹⁸ Instituto Federal de Telecomunicaciones de México (IFETEL)¹⁹ y la Federal Communications Commission de los Estados Unidos de América (FCC)²⁰.

Asimismo el empleo de este indicador es reconocido por autoridades de la talla del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos²¹ y OECD²². El empleo de este índice no requiere la aplicación de pruebas de hipótesis para la valoración de su impacto como lo pretende el Regulador General, toda vez que el mismo índice define los rangos específicos a partir de los cuales se consideran diferentes niveles de concentración derivando conclusiones sobre el valor particular alcanzado por el indicador. Por lo cual se considera que el empleo de dicho indicador y la aplicación que se hizo del mismo son adecuados para valorar el nivel de concentración del mercado de telecomunicaciones y corresponden a la práctica internacional en materia de telecomunicaciones.

En relación con la solicitud de emplear indicadores de concentración distintos al HHI, como lo solicita el Regulador General, implica desconocer lo establecido en la RCS-082-2015, lo cual trae aparejado las siguientes implicaciones:

- Resultaría discriminatorio contra los agentes que participan de dicho mercado toda vez que los análisis de los otros mercados de telecomunicaciones²³ ya han sido conducidos de conformidad con dicha metodología.
- Resultaría contrario a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en la Administración toda vez que cuando la SUTEL publicó la resolución RCS-082-2015 hizo de conocimiento del mercado cuáles eran los parámetros que aplicaría, así el empleo de parámetros distintos a los establecidos en dicha relación con un servicio particular resultaría a todas luces contrario a la buena práctica regulatoria.

Es necesario tener claro que el objetivo de la RCS-082-2015 justamente fue el de garantizar predictibilidad en el análisis que se llevara a cabo como se detalla de seguido:

- “
- IV. Que de conformidad con la mejor práctica internacional en esta materia, se requiere que para los análisis del grado de competencia en los mercados, el regulador del sector determine de manera previa los indicadores y parámetros que empleará en sus análisis ya que esto proveerá predictibilidad y consistencia de los estudios a lo largo del tiempo.
 - V. Que la presente resolución busca hacer de conocimiento de los distintos agentes del mercado la naturaleza del análisis que llevaría a cabo la SUTEL para la evaluación del grado de competencia en los mercados de telecomunicaciones, garantizando de este modo el cumplimiento del principio de transparencia contenido en el artículo 3 inciso d) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642.
 - VI. Que mediante la emisión de los presentes lineamientos se garantiza no sólo que los análisis efectuados por la SUTEL en esta materia sean conducidos de manera objetiva, estructurada y transparente, sino también que los resultados que se alcancen sean consistentes con una metodología previamente establecida y conocida por el mercado” (lo destacado es intencional).

¹⁷ CNMC (2017). Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles.

¹⁸ CRC (2011). Revisión de condiciones de competencias del mercado voz saliente móvil.

¹⁹ IFETEL (2016). ACUERDO mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones expide el criterio técnico para el cálculo y aplicación de un índice cuantitativo a fin de determinar el grado de concentración en los mercados y servicios correspondientes a los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

²⁰ FCC (2013). Annual Report and Analysis of Competitive Market Conditions With Respect to Mobile Wireless, Including Commercial Mobile Services.

²¹ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2010). *Horizontal Merger Guidelines*. USA.

²² Organization for Economic Co-Operation and Development. (2003). *Indicators for the assessment of telecommunications competition*. DSTI/ICCP/TISP(2001)6.

²³ RCS-091-2017, RCS-258-2016, RCS-259-2016, RCS-260-2016, RCS-261-2016, RCS-262-2016, RCS-263-2016, RCS-264-2016 y RCS-266-2016.

Pretender que se desconozca la metodología establecida en la RCS-082-2015 en relación con el servicio de telecomunicaciones móviles para aplicar otros parámetros a discreción de la SUTEL como lo solicita el Regulador General va en contra de los principios de transparencia y no discriminación establecidos en el artículo 3 de la Ley N 8642, razón por la cual la observación del Regulador General sobre el particular no es de recibo.

4.5.4.6. Sobre las barreras de entrada al mercado (puntos 6 y 15)

El Regulador General indica que SUTEL debe desarrollar modelos econométricos para determinar fehacientemente que los operadores CLARO, MOVISTAR y KÓLBI poseen economías de escala.

Sobre lo solicitado por el Regulador General conviene tener presente lo indicado por la OECD²⁴ en materia de determinación de economías de escala en materia de telecomunicaciones, donde se establece que las "economías de escala existen donde la provisión del servicio implica altos costos fijos", tal que "las economías de escala de un operador están altamente relacionados con altos costos hundidos en la provisión de servicios de telecomunicaciones".

Así pese a lo indicado por el Regulador General, se reconoce que la existencia de economías de escala puede ser definida a través de la existencia de altos costos fijos, en ese sentido conviene destacar lo indicado por el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 el cual dice lo siguiente:

"El costo de desplegar una red de telecomunicaciones móviles es muy alto, según el último modelo de costos elaborado por SUTEL el costo total de desplegar una red móvil en el país es de alrededor de US\$ 337.000.000²⁵ a lo cual debe agregarse el monto de concesión necesaria para operar. Según la primera licitación de espectro, 2010LI-000001-SUTEL, los actuales operadores móviles pagaron en el año 2010 por sus respectivas concesiones entre US\$ 75.000.000 y US\$ 95.000.000.

Asimismo, los operadores deben realizar una serie de inversiones adicionales en materia de la red de distribución y ventas" (lo destacado es intencional).

En ese sentido es claro no sólo que SUTEL sí consideró un modelo de costos en el análisis de las barreras de entrada, sino que la misma determinación de los altos costos asociados a la prestación de dicho servicio son elementos que indican que la provisión del servicio de telecomunicaciones móviles cuenta con economías de escala.

Así se determina que la SUTEL emplea los medios adecuados para determinar la existencia de economías de escala, razón por la cual no son de recibo los argumentos del Regulador General.

4.5.4.7. Sobre el despliegue de infraestructura y cobertura

Indica el Regulador General que SUTEL no presenta la lista de cantones que tienen limitaciones en despliegue de infraestructura y que por lo tanto no existe posibilidad de competencia efectiva por dicha razón y que tampoco se indican los datos de usuarios con acceso a un único proveedor en el país. Es necesario aclarar que lo indicado por el Regulador General corresponde al análisis de un mercado mayorista asociado al mercado minorista de telecomunicaciones móviles, en particular al servicio mayorista de acceso y originación en una red móvil, siendo que los elementos señalados fueron valorados en la revisión de dicho mercado según consta en la RCS-256-2016, toda vez que las medidas regulatorias que podrían solventar problemas de competencia por temas de cobertura de redes deben ser impuestas en relación con dicho mercado mayorista y no en el mercado minorista.

Así las cosas, lo indicado no se contempla en el análisis sometido a consulta pública por no corresponder al mercado analizado, sino más bien a un mercado vinculado a este, el servicio mayorista de acceso y originación en una red móvil. Por lo anterior, y al no tener relación directa con el mercado puesto en consulta, se considera que las observaciones del Regulador General no son de recibo.

²⁴ Organization for Economic Co-Operation and Development. (2003). *Indicators for the assessment of telecommunications competition*. DSTI/ICCP/TISP(2001)6.

²⁵ Según las estimaciones del Modelo de telefonía móvil estimado en el marco de la contratación 2014LA-000001-SUTEL.

4.5.4.8. Sobre la elasticidad de la demanda (puntos 8 y 22)

Indica el Regulador General que SUTEL no realiza un cálculo de la elasticidad de la demanda, sino que emplea datos que corresponden a "apreciaciones de los operadores". Sobre el particular conviene aclarar que para recolectar dichos datos, SUTEL hizo llegar a los operadores móviles el oficio 7366-SUTEL-DGM-2015 (preguntas 28 y 29) donde se consultó sobre la elasticidad de la demanda. A diferencia de lo indicado por el Regulador General, SUTEL considera que el empleo de información propia de los operadores para definir la elasticidad de la demanda es un elemento válido toda vez que los operadores son quienes, al poseer la información real de los patrones de consumo de sus clientes, mejor pueden estimar dicho parámetro.

Es importante tener en cuenta que muchas de las sugerencias de análisis expresadas por el Regulador General parten de su propia experiencia regulatoria y de los modelos que deben ser empleados en la fijación de las tarifas de los sectores de energía, agua y transportes. Para los procesos de fijación tarifaria sobre relevancia el empleo de los elementos planteados por el Regulador General, proyecciones de demanda, ingreso, y elasticidades, sin embargo en el caso que nos ocupa muchos de esos elementos carecen de la relevancia que poseen en materia de fijación tarifaria.

Así se considera que la SUTEL emplea medios válidos para determinar la elasticidad de la demanda de los servicios, razón por la cual no son de recibo los argumentos del Regulador General.

4.5.4.9. Sobre las denuncias por prácticas anticompetitivas

Indica el Regulador General que SUTEL debe hacer un mayor análisis sobre la evolución de las denuncias por prácticas monopolísticas, principalmente por aquellas que están sin resolver²⁶ siendo que adicionalmente se indica que del análisis tampoco se extrae cuáles son los cambios que se requieren en los instrumentos de regulación que utilizaría la SUTEL para la atención de estas u otras denuncias.

Sobre el particular conviene aclarar que el objeto de incluir este elemento en el análisis es básicamente determinar elementos que generen indicios de que algún agente haya venido haciendo un "aprovechamiento de su peso de mercado" como lo llama la Comisión Europea. En ese sentido justamente lo importante de valorar en relación con este tipo de prácticas es si se observa por parte de un agente del mercado, sobre todo por parte de aquel que es más grande, un comportamiento recurrente tendiente al abuso.

Sin embargo, de la valoración de las denuncias presentadas a la fecha, contenidas en el Cuadro 3 del informe 5971-SUTEL-DGM-2017, no se determina un comportamiento persistente o reiterado contrario a la competencia por parte de ningún agente en particular.

Asimismo sobre el hecho de que SUTEL no indica los cambios que se requieren en los instrumentos de regulación que utilizaría la SUTEL para la atención de estas u otras denuncias, conviene destacar que a la fecha la SUTEL ya cuenta con los instrumentos necesarios para atender denuncias por prácticas monopolísticas, estos instrumentos están contenidos el Capítulo II del Título III de la Ley 8642 y en el Reglamento del Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones, que fue publicado en el Alcance N° 40 La Gaceta N° 201 del 17 de octubre de 2008, asimismo SUTEL cuenta con una "Guía de análisis de conductas anticompetitivas" que se encuentra publicada en el sitio Web de la SUTEL²⁷, así como con todos los procedimientos internos para la aplicación de los procedimientos asociados al Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones²⁸.

Por lo anterior, se concluye que las observaciones del Regulador General no son de recibo.

4.5.4.10. Sobre el comportamiento reciente de los participantes del mercado

Sobre los elementos señalados de que SUTEL debió haber empleado una serie de modelos adicionales a los

²⁶ En relación con las dos denuncias pendientes de atender conviene indicar que la denuncia tramitada en el expediente PM-1347-2016 fue desestimada mediante la RCS-208-2017 del 09 de agosto de 2017.

²⁷ Consultar el siguiente enlace: https://SUTEL.g0.cr/sites/default/files/2015_SUTEL_guia_analisis.pdf

²⁸ Los cuales fueron elaborados en el marco de la licitación abreviada 2014LA-000011-SUTEL.

contemplados en la resolución RCS-082-2015 conviene destacar lo siguiente:

- Como fue previamente desarrollado en el punto 1 de esta observación la metodología contenida en la RCS-082-2015 se basa en la práctica internacional usual y recomendada en materia de telecomunicaciones, para lo cual se consideraron criterios emitidos por Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission²⁹, la Comisión Europea³⁰, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos³¹, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD)³² y la Oficina de Telecomunicaciones del Reino Unido (OFTEL)³³, mientras que el Regulador General no indica por qué es pertinente, necesario o preferible emplear los instrumentos que indica en su escrito, asimismo tampoco se encuentra que la aplicación de dichos instrumentos corresponda a la práctica usual en materia de definición de mercados relevantes de telecomunicaciones, cosa que sí sucede con los indicadores empleados por la SUTEL.
- El empleo de los indicadores seleccionados por la SUTEL es recomendado por autoridades como la Comisión Europea³⁴ y la OECD³⁵, por lo cual se considera que los indicadores empleados son adecuados para valorar el nivel de competencia del mercado y corresponden a la práctica internacional en materia de telecomunicaciones.
- La solicitud de emplear indicadores distintos como lo solicita el Regulador General implica desconocer lo establecido en la RCS-082-2015, lo cual trae aparejado las siguientes implicaciones:
 - Resultaría discriminatorio contra los agentes que participan de dicho mercado toda vez que los análisis de los otros mercados de telecomunicaciones³⁶ ya han sido conducidos de conformidad con dicha metodología.
 - Resultaría contrario a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en la Administración toda vez que cuando la SUTEL publicó la resolución RCS-082-2015 hizo de conocimiento del mercado cuáles eran los parámetros que aplicaría, así el empleo de parámetros distintos a los establecidos en dicha en relación con un servicio particular resultaría a todas luces contrario a la buena práctica regulatoria.

Por lo anterior, se concluye que las observaciones del Regulador General no son de recibo.

4.5.4.11. Sobre la rentabilidad

Manifiesta el Regulador General que SUTEL no explica el concepto de rentabilidad desproporcionada ni su relación con la existencia de eventuales abusos. Al respecto la RCS-082-2015, que contiene la metodología aplicada por la SUTEL en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 establece que se refiere al nivel de lucro por encima o por debajo de un nivel razonable, lo cual se obtiene al comparar con otros países. Asimismo, también dicha metodología establece la relación entre una rentabilidad excesiva y un bajo nivel de competencia, al establecer que si los competidores del mercado son débiles el operador dominante podrá extraer una rentabilidad excesiva. Por lo anterior, se concluye que no lleva razón el Regulador General en sus

²⁹ Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission. (1994). *Telecom Decision CRTC 94-19*. Canadá.

³⁰ Comisión Europea. (2002). *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*. Diario Oficial, 2002/C 165/03/02.
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, 98/C 265/02.

³¹ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2010). *Horizontal Merger Guidelines*. USA.

³² Organization for Economic Co-Operation and Development. (2003). *Indicators for the assessment of telecommunications competition*. DSTI/ICCP/TISP(2001)6.

³³ Office of Telecommunications. (2002). *Oftel's market review guidelines: criteria for the assessment of significant market power*. Reino Unido.

³⁴ Comisión Europea (2002). *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*. Publicada en el Diario Oficial n° C 165 de 11/07/2002.

³⁵ Organization for Economic Co-Operation and Development. (2003). *Indicators for the assessment of telecommunications competition*. DSTI/ICCP/TISP (2001)6.

³⁶ RCS-091-2017, RCS-258-2016, RCS-259-2016, RCS-260-2016, RCS-261-2016, RCS-262-2016, RCS-263-2016, RCS-264-2016 y RCS-266-2016.

observaciones.

4.5.4.12. Sobre el monto de la inversión requerido

Indica el Regulador General que la SUTEL no analiza la barrera que representa la inversión inicial para cualquier nuevo operador, pues sólo se refiere a operadores actuales del mercado, asimismo indica una serie de elementos adicionales que no tienen ninguna vinculación con el tema de la inversión requerida.

Sobre el particular el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 indica lo siguiente: "Los altos costos de despliegue de red y elementos asociados se traducen en una barrera de entrada al mercado, ya que las inversiones necesarias para ingresar al mercado sólo pueden ser enfrentadas por empresas con alta capacidad financiera que les permita emprender un proyecto de gran envergadura". En ese sentido es claro que el informe sí aborda los elementos que el Regulador General acusa como omisos.

Sobre el análisis llevado a cabo por la SUTEL en relación con este tema conviene aclarar que el hecho de que se le haya dado especial relevancia a los actuales operadores del mercado se basa en que concluida la reciente licitación de espectro, se determina que por los próximos 2 o 3 años no ingresarán nuevos operadores al mercado, por lo cual el análisis prospectivo del nivel de competencia del mercado se centra en los agentes que ya operan en el mercado.

Por lo anterior, se concluye que no lleva razón el Regulador General en sus observaciones.

4.5.4.13. Sobre el beneficio a los usuarios

Indica el Regulador General que se cita un documento de la OECD cuya relación con el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 no se demuestra. Sobre el particular conviene aclarar que la cita de dicho documento se hace meramente con el objeto de reconocer que la toma de decisiones del consumidor se ve afectada por diversos factores y que dicha situación justifica que la SUTEL, conforme lo planteado previamente en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016, considere ampliar la información disponible para los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones móviles mediante un sistema informático que permita al consumidor comparar la oferta comercial ofrecida por todos los operadores, al respecto es necesario considerar lo indicado en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 en relación con el particular:

"Lo anterior no es exclusivo del mercado costarricense, por ejemplo la OCDE en su documento "Enhancing competition in telecommunications: protecting and empowering consumers" ha reconocido que la toma de decisiones del consumidor de telecomunicaciones se ve afectada por factores como los siguientes:

- Al existir muchas opciones o características para comparar se incrementa la ansiedad de una mala decisión, lo que podría guiar a una elección aleatoria.
- Los consumidores pueden ser renuentes a abandonar al proveedor que tienen, la experiencia pasada se manifiesta en forma de lealtad a una determinada marca.
- Los consumidores toman decisiones basadas en costos o beneficios inmediatos no en los futuros.
- La escogencia del consumidor está influenciada de la manera en que la información es presentada.
- Cuando el escenario para tomar la decisión es complejo y requiere capacidades de análisis, los consumidores tienden a tomar "atajos" y a decidir por "tanteo".

Así, el limitado conocimiento del usuario o la confusión por tener que analizar demasiada información pueden generar que el consumidor adquiera un servicio que no se adapte a sus necesidades, lo cual aumenta la insatisfacción del usuario, porque este se ve decepcionado al percibir que el servicio no cumple sus expectativas.

Para resolver lo anterior el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 había planteado la necesidad de ampliar la información disponible para los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones móviles.

En virtud de lo anterior, y dado que la SUTEL cree firmemente que el acceso oportuno a información pertinente y útil le genera un beneficio al usuario, se está en proceso de desarrollo de un sistema que le

permita al consumidor comparar la oferta comercial ofrecida por todos los operadores" (lo destacado es intencional).

Así considera la SUTEL que la implementación de un sistema informático que permita al consumidor comparar la oferta comercial ofrecida por todos los operadores resulta relevante y beneficioso para los usuarios, razón por la cual no son de recibo los argumentos del Regulador General.

4.5.4.14. Sobre las tendencias del mercado

Indica el Regulador General que ante la existencia de un oligopolio es necesario contar con una buena regulación y que por tanto dada la composición y estructura del mercado es necesario crear una regulación más robusta.

Sobre lo apuntado por el Regulador General conviene destacar la naturaleza distinta en la regulación ejercida por la SUTEL y la ARESEP, la SUTEL regula mercados en los que la provisión del servicio se realiza por parte de diferentes agentes, mientras que la ARESEP regula mercados en monopolio, la regulación de ambos tipos de estructuras de mercado es distinta.

Asimismo los objetivos regulatorios que persiguen la SUTEL y la ARESEP son distintos, lo cual se puede constatar de la revisión del artículo 4 de la Ley 7593, que establece los objetivos fundamentales de la ARES, y artículo 2 de la Ley 8642, que establece los objetivos de dicha Ley que deben ser seguidos por la ARESEP.

El hecho de que los objetivos regulatorios de ambas instituciones sean distintos implica por sí mismo un enfoque regulatorio diferenciado por parte de ambas instituciones. Así las cosas el marco regulatorio de la SUTEL está estructurado para que conforme se vaya profundizando la competencia de un mercado de telecomunicaciones a su vez se vayan levantando y sustituyendo ciertos tipos de regulación que ya no resultan necesarios. El mismo Regulador General reconoce en su escrito de observaciones que "dos firmas o más son suficientes para mantener mercados competitivos y potencialmente competitivos", en ese sentido el análisis llevado a cabo por la SUTEL en su oficio 5971-SUTEL-DGM-2017 determina que aunque el mercado de telecomunicaciones móviles sólo cuenta con tres operadores móviles de red y 2 operadores móviles virtuales este ha sido capaz de alcanzar un nivel de competencia adecuado y que por tanto, de conformidad con el mismo ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, lo que procede es declarar dicho mercado en competencia. Es importante aclarar que una declaratoria de esta naturaleza no implica que la SUTEL deja de regular este mercado, sino que pasa a regularlo desde una perspectiva diferente, con un enfoque principalmente ex-post y de calidad de redes y beneficio al usuario final.

Al respecto conviene tener presente lo indicado por la Contraloría General de la República en su informe DFOE-IFR-IF-11-2011:

"A partir de la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA), Costa Rica optó por la coexistencia, -en un mercado de telecomunicaciones abierto a la competencia-, de un operador público fortalecido al efecto (Instituto Costarricense de Electricidad, ICE) con operadores privados, sobre la base de una regulación liberalizadora -dada especialmente por la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642, y su normativa complementaria; y por la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones No. 8660.

En general, se hace referencia a la liberalización cuando se está frente a una política económica de flexibilización de los mercados, que consiste en el retiro de las prohibiciones u obstáculos que el Estado ha introducido en la legislación y que restringe a los productores y operadores vender, y a los consumidores a elegir.

En efecto, la liberalización implica la supresión de los monopolios y de aquellas actividades declaradas servicios públicos que, en su noción clásica o nacionalizada, sólo los poderes públicos estarían habilitados para desarrollar. Así, la liberalización supone fundamentalmente devolverle a la sociedad civil y a la libre iniciativa económica lo que, en virtud de actos de reserva estatales realizados en el pasado, estaba acotado para la actuación de poderes públicos.

En este mismo sentido, el nuevo esquema regulatorio, que surge como consecuencia de la intervención de actores privados en el sector, se basa en un conjunto de reglas que suponen la intervención de la Administración, aunque con un sentido y un contenido completamente diferentes al modelo anterior centrado en la idea de servicio público en su noción clásica (lo destacado es intencional).

Por lo anterior no es de recibo el argumento del Regulador General que dada la existencia de pocos actores en el mercado lo que procede es crear más regulación.

4.5.4.15. Sobre la evolución probable de ofertas comerciales

Indica el Regulador General que SUTEL afirma que se espera que en Latinoamérica la velocidad de las conexiones se incremente en un 227% en el próximo quinquenio, lo cual carece de fundamentación al no tener fuente.

Sobre lo indicado conviene indicar que la proyección indicada por la SUTEL, contenida en el Gráfico 30 del informe 5971-SUTEL-DGM-2017 establece claramente que la fuente de las proyecciones es de Cisco. La fuente específica de este informe fue detallada la primera vez que se cita el informe de Cisco en el pie de página número 74 el cual establece lo siguiente: "Cisco. (2017). Cisco Visual Networking Index: Global Mobile Data Traffic Forecast Update, 2016–2021. White Paper". Así las cosas, lo indicado por ARESEP no es de recibo.

4.5.4.16. Sobre las tendencias históricas de indicadores relevantes

Manifiesta el Regulador General que no se indica el respaldo utilizado para fundamentar las proyecciones empleadas, sin embargo la "Metodología aplicada para efectos de las proyecciones de demanda" consta en el Anexo 6 del informe 5971-SUTEL-DGM-2017 el cual se encuentra contenido en un CD visible a folio 233 del expediente administrativo, con lo cual se determina que no lleva razón el Regulador General en sus argumentaciones.

4.5.4.17. Sobre las acciones regulatorias

Indica el Regulador General que la SUTEL no fundamenta las razones que justifiquen que las acciones regulatorias propuestas son suficientes para generar un mayor beneficio al usuario final.

Sobre el particular conviene aclarar que lo indicado en la sección 6 se refiere a aquellos elementos que ya están establecidos en el marco legal y regulatorio de las telecomunicaciones y que aplican en un mercado declarado en competencia. Sobre el extracto del informe 5971-SUTEL-DGM-2017 indicado por el Regulador General es necesario aclarar que se descontextualiza la frase del informe la cual se refiere a acciones ya tomadas por la SUTEL, para las cuales se establece con total claridad cuál es su impacto, como se detalla de seguido:

- "Establecimiento de una senda de ajuste (glide path por sus siglas en inglés) para ajuste del cargo de terminación móvil, lo cual fue establecido en la RCS-244-2016. La senda de disminución de dicho cargo debería favorecer el nivel de competencia del mercado al otorgarle a los operadores móviles un mayor margen para disminuir los precios de sus llamadas y para ampliar los beneficios de las promociones extra saldos a las llamadas off-net (fuera de la red del operador). La disminución en este cargo inició en enero de 2017.
- Lanzamiento del comparador de precios y tarifas, este sistema dotará de más transparencia al mercado y facilitará la toma de decisiones por parte del usuario final, en ese sentido este sistema vendría a resolver muchas de las dificultades que presentan los usuarios finales para comparar la información disponible de planes y ofertas comerciales de los operadores, lo cual deberá aumentar el nivel de competencia del mercado. Se espera que este sistema se encuentre en funcionamiento en diciembre de 2017.
- Contabilidad regulatoria, el establecimiento de obligaciones en materia de contabilidad regulatoria que se hizo a los operadores móviles mediante la resolución RCS-265-2016 de las 15:30 horas del 23 de

noviembre de 2016, le permitirá al regulador contar con un sistema que garantice que los operadores ofrecen precios razonables para los servicios de telecomunicaciones, evitando asimismo prácticas de compresión de márgenes que operen en perjuicio de la competencia del mercado. La implementación de los cronogramas de cumplimiento de esta obligación iniciaron en enero de 2017.

- *Monitoreo de redes móviles, mediante acuerdo 017-048-2017, de la sesión ordinaria 048-2017 del 22 de junio del 2017 se dispuso: "Señalar a los operadores de servicios móviles, que los estudios que anualmente realiza esta Superintendencia sobre la calidad con que brindan los servicios de voz e Internet móvil, tienen como fin medir la mejora continua en la calidad de los servicios. De ahí la importancia de que los indicadores que hayan superado el umbral de medición mantengan la tendencia y por ende, se den condiciones crecientes de calidad en el servicio de sus redes". En ese sentido el monitoreo continuo de la calidad de las redes móviles y la publicación de dichos datos por parte de la SUTEL contribuirá a que los usuarios tomen decisiones más informadas".*

Por lo anterior, no son de recibo los argumentos que plantea el Regulador General.

Asimismo es necesario indicar que la SUTEL ha venido trabajando en un remozamiento de su sitio Web con el objetivo de contar con una sección destinada al usuario final donde se pondrá a disposición una serie de herramientas con las que ya cuenta esta Superintendencia. Dentro de estas cabe mencionar herramientas para conocer la cobertura y velocidad móvil ofrecidas por los operadores, mapas de cobertura de las redes móviles, información sobre derechos de los usuarios, información sobre precios y planes vigentes.

4.5.4.18. Sobre los aspectos puntuales

Indica el Regulador General que el estudio de percepción empleado por la SUTEL corresponde a un punto dado y que al no ser inter-temporal sus conclusiones no se pueden generalizar. Sobre el particular es necesario aclarar que la "Encuesta de percepción de calidad de los servicios" es llevada a cabo anualmente por la SUTEL desde el año 2014.

Adicionalmente cabe destacar que la encuesta en cuestión emplea metodologías estadísticas robustas, comparables, fidedignas y principalmente oportunas, por esta razón el informe emplea los datos más recientes de la última encuesta correspondiente al año 2016. Situación que no desvirtúa las conclusiones de dicho estudio y mucho menos su validez.

Por el contrario, los resultados de esta reflejan los datos más actuales de percepción de los usuarios de telecomunicaciones sobre el servicio de telecomunicaciones móviles. En virtud de lo anterior, se considera que el Regulador General no lleva razón en sus argumentaciones.

Principalmente, porque la metodología aplicada indudablemente permite la inferencia de resultados en el contexto que los mismos son empleados. Así mismo, posibilita realizar análisis de corte transversal, tales como lo expuestos en el informe, además de análisis longitudinales posteriores.

En virtud de lo anterior, se considera que el Regulador General no lleva razón en sus argumentaciones.

4.5.4.19. Sobre los asuntos de forma

Indica el Regulador General que para darle mayor solidez al informe técnico de la SUTEL es necesario mejorar ciertos aspectos relativos a los ejes de los gráficos y a la numeración de las secciones.

Sin perjuicio del hecho de que la SUTEL estima que todos los gráficos, figuras y cuadros contenidos en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 son claros y permiten ser adecuadamente interpretados, así como que la numeración del informe es consistente se procederá a revisar el formato y la estructura de dicho informe para que, de resultar posible, llevar a cabo algunas mejoras de forma en la eventual resolución que emita el Consejo de la SUTEL.

Observaciones sustanciales

4.5.4.20. Sobre la falta de motivación y la eventual nulidad del acto (puntos 1 de la Sección I, 1 de la

Sección II y Sección IV)

Para determinar la procedencia de los alegatos del Regulador General sobre el particular se debe determinar la naturaleza jurídica del oficio 5971-SUTEL-DGM-2017 del 21 de julio del 2017. En este sentido, es importante tener presente los antecedentes que llevaron a la SUTEL a emitir dicho oficio:

- La Dirección General de Mercados (DGM) en el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de lo dispuesto por el Consejo de la SUTEL procedió a ejecutar las acciones necesarias para cumplir con lo ordenado en los acuerdos i) número **010-024-2015** del 18 de mayo del 2015 a efecto de que procediera a revisar los mercados relevantes definidos en la resolución RCS-307-2009 del 24 de setiembre del 2009, con base en la metodología definida en la resolución RCS-082-2016 del 13 de mayo del 2015; y ii) número **021-043-2016** del 10 de agosto del 2016 en el que se ordenó que los análisis de los mercados deberían estar agrupados en los siguientes servicios: a) servicios fijos, b) servicios móviles, c) servicios de banda ancha residencial y d) servicios internacionales..
- La DGM al concluir de ejecutar las acciones necesarias presentó al Consejo de la SUTEL el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 del 31 de agosto del 2016, referente a los servicios móviles, el cual de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de la SUTEL mediante acuerdo 005-055-2016 del 30 de setiembre del 2016 fue sometido al proceso de consulta pública.
- La DGM después de analizar las observaciones recibidas en dicho proceso emitió el informe 8791-SUTEL-DGM-2016 del 21 de noviembre del 2016, el cual fue remitido al Consejo de la SUTEL para su valoración.
- El Consejo de la SUTEL mediante resolución **RCS-265-2016** de las 15:30 horas del 23 de noviembre del 2016, dispuso ampliar el análisis sobre el mercado minorista de telecomunicaciones móviles contenido en el informe 8791-SUTEL-DGM-2016 (folios 2544 al 2648).
- De conformidad con lo dispuesto en la resolución RCS-256-2016 de las 14:00 horas del 23 de noviembre del 2016, la DGM procedió a recabar información en relación con la revisión de los mercados relevantes minoristas de telecomunicaciones móviles y mayorista de acceso y orignación en una red móvil, para lo cual solicitó información a Claro CR Telecomunicaciones S.A., a Telefónica de Costa Rica S.A., al ICE, a RACSA y a Televisora de Costa Rica S.A.

Así las cosas, se tiene que la SUTEL en cumplimiento del mandato legal procedió a realizar la revisión de las mercados definidos en la resolución RCS-307-2009 y en cumplimiento de lo dispuesto por el Consejo de la SUTEL en la resolución RCS-265-2016, emitió el informe 5971-SUTEL-DGM-2017.

En este sentido, el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 es un acto preparatorio para que el Consejo tome una decisión sobre la revisión del mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles, análisis del grado de competencia en dicho mercado, declaratoria de operadores importantes e imposición de obligaciones.

En este orden de ideas, los vicios propios de los actos preparatorios se impugnan conjuntamente con el acto final, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 de la LGAP.

Por ende, el alegato esgrimido por el Regulador General de que el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 es disconforme al ordenamiento jurídico por vicios en el motivo, contenido, el fin y motivación es **improcedente**. No obstante, se estima conveniente analizar el vicio alegado.

Un acto administrativo es válido si es conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, de acuerdo a lo indicado en el artículo 128 de la LGAP. En este sentido, para determinar si el oficio 5971-SUTEL-DGM-2017 es conforme al ordenamiento jurídico, hay que tener presente lo que dispone la LGAP sobre los elementos del acto administrativo:

Artículo 129.- El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia.

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
 18 de setiembre del 2017

Artículo 131.-

1. Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás.
2. Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento; sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines particulares no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los elementos del acto y el resto del ordenamiento.
3. La persecución de un fin distinto al principal, con detrimento de éste, será desviación de poder.

Artículo 132.-

1. El contenido deberá ser lícito, posible, claro y preciso y abarca todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas.
2. Deberán ser, además, proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados.
3. Cuando el motivo no esté regulado el contenido deberá estarlo, aunque sea en forma imprecisa.
4. Su adaptación al fin se podrá lograr mediante la inserción discrecional de condiciones, términos y modos, siempre que, además de reunir las notas del contenido arriba indicadas, éstos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo.

Artículo 133.-

1. El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.
2. Cuando no esté regulado deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento.

Artículo 134.-

1. El acto administrativo deberá expresarse por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan forma diversa.
2. El acto escrito deberá indicar el órgano agente, el derecho aplicable, la disposición, la fecha y la firma, mencionando el cargo del suscripto.

En este orden de ideas, interesa resaltar lo que han indicado los tribunales nacionales sobre los elementos del acto administrativo:

"En tal sentido, la validez del acto administrativo se verifica con el cumplimiento y presencia en forma perfecta de los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales. Estos elementos a que hacemos referencia, la doctrina nacional, como la LGAP, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los elementos formales se encuentran el sujeto, procedimiento y la forma, y en los sustanciales o materiales son, el motivo, contenido y fin. El primer elemento formal del acto administrativo es el **sujeto**. Corresponde al autor del acto. Es el funcionario público, órgano o ente administrativo que dicta un acto administrativo, el cual debe a su vez contar con una serie de requisitos, tales como: investidura, competencia y titularidad. La **investidura** es el nombramiento o la elección de una persona en un cargo o empleo público (en tal sentido artículos 111 y siguientes LGAP). Es la potestad para actuar a nombre y por cuenta del Estado y dirigir a éste el efecto de su conducta. Esta puede darse por elección o nombramiento. Se hace efectiva con la toma de posesión del cargo. Eduardo Ortiz define a la **competencia** "como la medida exacta de la cantidad de medios legalmente autorizados en favor del Estado, dentro de un caso concreto para perseguir un fin determinado". La competencia significa la cantidad de poderes y deberes dispuestos en favor de un determinado ente administrativo. La competencia es el complejo de facultades y poderes atribuido a un determinado órgano administrativo con relación a los demás, pues el fundamento de la competencia radica en la pluralidad de órganos que integran la Administración Pública y la distribución de las distintas funciones entre ellas (artículos 59 y 129 LGAP). Finalmente la **titularidad**, implica que el funcionario público no sólo debe ser competente, sino además debe ser el titular de la competencia. Por titular se ha entendido aquel que ejerce un cargo, profesión u oficio, por derecho propio o nombramiento definitivo, con la plenitud de requisitos y estabilidad, a diferencia del llamado a ocuparlo provisionalmente. El segundo elemento formal del acto administrativo es el **procedimiento**. La Administración Pública cuenta con la facultad de emitir actos administrativos en forma unilateral, que incluso pueden llegar a anular o revocar derechos subjetivos de los particulares. Este poder de autotutela ha sido limitado por el ordenamiento jurídico. Ese límite lo constituye la obligación de la Administración Pública de seguir un procedimiento para emitir el acto administrativo. El procedimiento administrativo es una serie concatenada de actos procedimentales

tendientes a un fin. El procedimiento administrativo tiene un objeto fundamental, la averiguación de la verdad real del motivo que va a servir de base al acto administrativo final. El procedimiento se trata del modo de producción de un acto (artículos 214, 216, 224, 225, 308 y 320 LGAP) [...] El tercer elemento formal del acto administrativo es la **forma**, que es la manera como se exterioriza o manifiesta el acto administrativo. De conformidad con el artículo 134 de la LGAP, el acto administrativo deberá expresarse por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan forma diversa (ver 136 LGAP y 146 Constitución Política). Deriva de este elemento formal, la obligación de la Administración de justificar adecuadamente sus decisiones, por medio de la **motivación** de sus actos, en tanto la motivación significa la explicación, fundamentación o justificación que la Administración brinda en el dictado de un acto administrativo. Se ha dicho que "Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto." (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández; "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 556). La Sala Constitucional ha manifestado: "En cuanto a la motivación de los actos administrativos se debe entender como la fundamentación que deben dar las autoridades públicas del contenido del acto que emiten, tomando en cuenta los motivos de hecho y de derecho, y el fin que se pretende con la decisión. En reiterada jurisprudencia, este tribunal ha manifestado que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del principio constitucional del debido proceso así como del derecho de defensa e implica una referencia a hechos y fundamentos de derecho, de manera que el administrado conozca los motivos por los cuales ha de ser sancionado o por los cuales se le deniega una gestión que afecta sus intereses o incluso sus derechos subjetivos (Voto 7924-99). Respecto de los elementos materiales o sustanciales del acto administrativo, tenemos que el **motivo** (artículo 133 LGAP) es el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo. De tal manera que el motivo del acto administrativo constituye el supuesto o el hecho condicionante de la emisión de un acto administrativo, en otros términos, constituye la razón de ser del acto administrativo, lo que obliga o permite su emisión. Puede consistir en un acto o un hecho jurídico previsto por la norma jurídica. En tanto que el **contenido** del acto, constituye el efecto jurídico o la parte dispositiva del acto, lo que manda, ordena o dispone. Es el cambio que introduce en el mundo jurídico. Es la parte del acto que dispone una sanción, una autorización, permiso, concesión (artículo 132 LGAP). El último de los elementos sustanciales o materiales es el **Fin**. La Administración Pública tiene un cometido único, la satisfacción del interés público. Esa satisfacción del interés público se logra de diversas maneras, siendo una de ellas a través de la emisión de actos administrativos. En principio se entiende que todo acto administrativo, como ejercicio concreto de una competencia genérica, tiende a la satisfacción del interés común. Por ello se afirma, que el fin del acto administrativo en consecuencia será la satisfacción del interés público, que constituye el fin general de todo acto administrativo y a su vez, el fin específico será la satisfacción del interés público que está a cargo de esa competencia (artículo 131 LGAP) (Voto 44-2014-IV. las diez horas del veintinueve de mayo de dos mil catorce del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sección Cuarta. Segundo circuito Judicial de San José) (En igual sentido voto 106-2016-IV de las catorce horas del diecisiete de noviembre del dos mil dieciséis del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sección Cuarta.)

Quedando claro cuáles son los elementos del acto administrativo de conformidad con la LGAP, la doctrina así como la jurisprudencia nacional, podemos concluir que el oficio 5971-SUTEL-DGM-2017 es sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, por cuanto reúne todos sus elementos formales (sujeto, procedimiento y forma) y materiales (motivo, contenido y fin).

Sobre el elemento formal **sujeto**, el oficio 5971-SUTEL-DGM-2017 como acto administrativo fue emitido por la SUTEL en ejercicio de sus competencias, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 44 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF), y suscrito por funcionarios que cuentan con la investidura, competencia y titularidad. También la SUTEL siguió el **procedimiento**, entendido este como una concatenación de actos, para la emisión del informe 5971-SUTEL-DGM-2017.

Ahora bien, especial mención hay que hacer sobre el elemento de **forma**, por cuando de este se deriva la motivación, entendida esta como la justificación. Respecto a la forma el informe 2971-SUTEL-DGM-2017 se exterioriza de forma escrita de conformidad con el artículo 134 de la LGAP.

Sobre la **motivación**, los autores Tron Petit y Ortiz Reyes señalan que “[l]a motivación consiste en dar a conocer y comunicar, adecuadamente al gobernado, con todo detalle y de manera completa, la esencia de todas las circunstancias, razones, motivos, fines y condiciones, que determinaron su decisión, para justificar su actuación. Ello implica, necesariamente, informar del iter lógico-jurídico, seguido por la Administración, para alcanzar la determinación o decisión asumida en la resolución o proveído administrativo. El propósito y objetivo es que las razones relevantes sean evidentes –para el destinatario-, de manera que le sea factible comprender como se formó la voluntad de la Administración (...).”³⁷

En este orden de ideas nuestros tribunales han señalado que:

*“En relación con el deber de motivar las conductas administrativas, ha de indicarse, que la motivación se constituye en un elemento sustancial del acto administrativo, que exige la consignación de las cuestiones fácticas y/o jurídicas que sustentan la voluntad pública en el caso concreto. El elemento motivación dista de ser una consideración meramente formal; por el contrario, constituye un elemento infranqueable de la conducta pública, en la medida que permite la comprensión de las razones en las que se basa la decisión, lo que posibilita por un lado, el análisis de legalidad de ese acto a fin de confrontarlo con el ordenamiento jurídico y ponderar si satisface las exigencias que aquel le impone, en términos de acreditación del motivo, legitimidad del contenido, razonabilidad y proporcionalidad entre ambos elementos. Pero además, se transforma en un presupuesto de base para poder ejercer el derecho recursivo del destinatario, siendo que, no podría ejercerse plenamente ese derecho si el acto no señala su fundamentación. Ahora, ese deber de motivación, según se colige del canon 136 de la Ley General de la Administración Pública, puede satisfacerse de manera directa o indirecta. En la primera, el acto indica expresamente las argumentaciones fácticas, técnicas, jurídicas o precedentes que sustentan la voluntad. En la indirecta (inciso 2 del citado numeral) el acto remite a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente su adopción, a reserva de que se acompañe su copia en el acto de comunicación. **La deficiencia en este elemento, conlleva un vicio de nulidad que puede generar la supresión de la conducta.** La motivación, pese a la redacción del inciso primero del aludido numeral 136 de la Ley General de referencia previa, no puede entenderse como una simple exposición de hechos, o bien, una mención simplista y aislada de normas jurídicas que se estiman pertinentes al caso, ni la simple transcripción de criterios sin acompañar detalle de las razones por las cuales se prohijan. La relevancia de esta exigencia implica un análisis que permita vincular los aspectos de hecho y de derecho atinentes al asunto que se examina (doctrina del artículo 132.1 LGAP), ergo, supone, como tesis de principio, una determinación de los hechos relevantes para la decisión (orientados por la máxima de verdad real -214, 308 ibidem-) y el examen de la procedencia o improcedencia de un determinado efecto, a la luz de las normas jurídicas atinentes al caso. Ello exige una valoración de las implicaciones de los aspectos fácticos determinados en el marco del derecho aplicable, valoración que ha de explicitarse en el acto, sea de manera directa o refleja, a fin de expresar los razonamientos que orientaron la voluntad administrativa. Por ende, no basta concluir sobre la improcedencia de una determinada petición, ha de exponerse las causas fácticas y jurídicas de ese resultado. En asuntos en los que el efecto condicionado se sujeta al cumplimiento de determinados requisitos de antemano fijados por alguna fuente formal, la motivación implica necesariamente, la mención diáfana de las razones por las cuales se ha concluido que no han sido satisfechos, como presupuesto de respaldo de ese resultado. Lo opuesto posibilitaría el rechazo por aseveraciones que al margen de su fundamento, no encuentran justificación en el acto mismo, imposibilitando la comprensión de dichas causas y su recurribilidad” (Voto 55-2017-V de las quince horas con seis minutos del catorce de junio del dos mil diecisiete del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta) (En igual sentido ver voto 105-2015 de las trece horas con cuarenta y cinco minutos del dieciséis de octubre del dos mil quince Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta)*

Según lo expuesto la motivación del acto lleva implícito que en él se identifique la prueba que ha dado sustento a la decisión administrativa. En este sentido, la SUTEL para arribar a las conclusiones expuestas en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017, analizó los parámetros e indicadores establecidos en la resolución RCS-082-2015 de las 12:50 horas del 13 de mayo del 2015, que a saber fueron: i) estructura del mercado, ii) barreras de entrada al mercado, iii) beneficios obtenidos por los usuarios iv) análisis prospectivos del mercado, v) sobre la existencia de dominancia conjunta.

³⁷ Tron Petit, Jean Claude y Ortiz Reyes, Gabriel. La Nulidad de los Actos Administrativos, Editorial Porrúa, 3ra Edición, 2009.ppgs. 115 y 116.

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
 18 de setiembre del 2017

Dichos parámetros fueron analizados por la SUTEL a la luz de la información recopilada en el mercado, entre ella, la brindada por los operadores, la encuesta a usuarios, estudios internacionales comparativos, estadísticas y observaciones recibidas en el marco de la consulta pública.

Con lo cual se concluye que dicho acto administrativo cuenta con la suficiente motivación o justificación en razón de que cuenta con los motivos de hecho y derecho.

*Ahora en cuanto al elemento **motivo** del oficio 5971-SUTEL-DGM-2017, entendido como "el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo" la Constitución Política establece un modelo de economía de mercado, en particular el artículo 46 establece que "[s]on prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora...."*

Por su parte, la Ley 8642 en sus artículos 50 y 52 inciso b) disponen que a la SUTEL le corresponde determinar si existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, así como analizar el grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones. En el mismo orden, la Ley 7593 en su artículo 73 inciso i) establece como función del Consejo de la SUTEL el determinar la existencia de operadores o proveedores importantes en cada uno de los mercados relevantes y finalmente el Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones en el numeral 12 señala que el Consejo de la SUTEL determinará de oficio, mediante resolución motivada, los mercados relevantes y los operadores o proveedores importantes en cada uno de esos mercados.

Sobre este elemento hay que tener presente como lo señala Ortiz Ortiz que "[d]eben distinguirse los motivos de los actos procedimentales preparatorios del acto, cuya única función es hacerlo posible y que representen condición pero no la causa que determina la emisión del acto..."³⁸

Si bien el Regulador General al inicio del Informe de análisis de la propuesta al referirse al deber de motivación de todo acto administrativo señala que dicha motivación se encuentra en el artículo 50 de la Ley 8642 (folio 10449), luego indica que hay una carencia de motivación (folio 10463). Esta inconsistencia argumentativa obedece a la falta de dominio y precisión sobre los elementos del acto administrativo.

Relacionado con este elemento hay que tener presente que en la resolución RCS-082-2015 se estableció una Metodología para el análisis del grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones; ello con base en las mejores prácticas internacionales y conforme a las reglas de la técnica, tal y como lo indicó la Comisión para Promover la Competencia (Coprocom) y la empresa Telecommunications Management Group Inc. (TMG).

Es evidente por tanto que el motivo del informe 5971-SUTEL-DGM-2017 es conforme a derecho. Siguiendo su línea argumentativa pareciera ser que su cuestionamiento tiene que ver con la fundamentación del mismo, ya que indica "[l]a Superintendencia, en el acto citado -5971-SUTEL-DGM-2017, no justificó de forma contundente, que existan las condiciones suficientes para asegurar un mercado en competencia efectiva" y continua manifestando que no se cuenta con prueba técnica suficiente (folio 10463).

El hecho de que no comparta el resultado del análisis realizado con base en la metodología establecida en la resolución RCS-082-2015, no significa que el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 carece de motivación.

*En cuanto al **contenido**, el autor Ortiz Ortiz indica que "[e]l contenido es la definición del efecto de acto, considerado como resultado jurídico inmediato del mismo. La realización del contenido por el acto es el efecto de éste, que no puede reputarse elemento por su posterioridad respecto del mismo. El contenido es, como dice ZANOBINI, lo que el acto dispone, certifica, declara o juzga, y se expresa en su parte dispositiva"³⁹*

Sobre el contenido a partir de la definición dada por la LGAP, la doctrina y la jurisprudencia, el efecto jurídico del informe 5971-SUTEL-DGM-2017, como acto preparatorio de la eventual decisión que adopte el Consejo, arriba a una serie de conclusiones sobre el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles,

³⁸ Ortiz O, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Biblioteca Jurídica Dike, edición 2002, pg. 358

³⁹ Ortiz O, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Biblioteca Jurídica Dike, edición 2002, pg. 351

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

con base en la evidencia encontrada en los apartados que fueron analizados de conformidad con la metodología establecida en la resolución RCS-082-2017.

El artículo 132 de la LGAP dispone que el contenido debe ser lícito, posible, claro y preciso, proporcional al fin y correspondiente al motivo. Presupuestos que se cumplen en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017.

Como se indicó anteriormente, la SUTEL en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 después de analizar los distintos parámetros e indicadores definidos en la resolución RCS-082-2017 llegó a la siguiente conclusión:

"Con lo cual se concluye que al no existir en el "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" ningún operador o grupo de ellos con poder significativo, este mercado conforme a la normativa vigente se presenta condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva.

En virtud de lo anterior se recomienda al Consejo de la SUTEL valorar lo siguiente:

1. Declarar que no existe ningún operador o grupo de ellos que tenga poder sustancial en el mercado del "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles".
2. Declarar que el mercado relevante del "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" se encuentra en competencia efectiva.
3. Eliminar el "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" de la lista de mercados relevantes sujetos de regulación ex ante, en los términos de lo definido en los artículos 73 inciso i) y 75 inciso b) de la Ley 7593.
4. Indicar a los proveedores del "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" que a partir de la declaratoria de competencia efectiva en dicho mercado, la SUTEL, entre otros, iniciará un proceso detallado de seguimiento de la evolución del mercado, lo cual le permitirá garantizar que la liberalización de este mercado tuvo el efecto esperado en términos de promoción de la competencia y beneficio al usuario final.
5. Indicar que la SUTEL continuará analizando y reportando la calidad percibida por los usuarios, y emitiendo las medidas regulatorias necesarias para garantizar una adecuada calidad de los servicios móviles, todo en concordancia con la legislación vigente, sus reglamentos y resoluciones relacionadas" (visible a folios 226 y 227).

Es decir, que dichas conclusiones son el producto de un minucioso análisis de cada uno de los parámetros de indicadores. Así las cosas, el contenido es lícito, posible, claro y preciso, proporcional al fin y correspondiente al motivo.

En último lugar, sobre el fin hay que tener presente que el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 como acto preparatorio es el insumo técnico para que el Consejo tome una decisión respecto a si el mercado minorista de telecomunicaciones móviles presenta condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, a efecto de eliminar la regulación ex ante y procurándose el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio de su derecho constitucional a la libertad de elección (artículo 3 de la Ley 8642).

Mientras que el motivo es analizar el grado de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones, a efectos de determinar si hay condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva o si existen operadores o proveedores importantes.

En cuanto al argumento que el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 es contrario a las **reglas univocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia**, hay que señalar que LGAP dispone lo siguiente:

Artículo 16.-

1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas univocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.
2. El juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto como si ejercerá contralor de legalidad.

Artículo 160.-

El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso.

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
 18 de setiembre del 2017

Relacionado con este elemento hay que tener presente que en la resolución RCS-082-2015 se estableció una Metodología para el análisis del grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, con base en las mejores prácticas internacionales y conforme a las reglas de la técnica, tal y como lo indicó la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) y la empresa Telecommunications Management Group Inc. (TMG).

Finalmente, en cuanto al argumento que el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 es contrario a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y de la interdicción de la arbitrariedad hay que indicar lo que la normativa dispone al respecto:

Artículo 216.-

1. La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél

...

Sobre estos principios la Sala Constitucional ha dicho:

"IV.- PRINCIPIO DE INTERDICCION DE LA ARBITRARIEDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. La regulación de los elementos constitutivos de carácter sustancial objetivos (motivo, contenido y fin) o subjetivos (competencia, legitimación e investidura) y formales (procedimiento y motivación) del acto administrativo, tienen por objeto racionalizar la función o conducta administrativa y, sobre todo, dotarla de logicidad o razonabilidad, evitando que las administraciones públicas sorprendan a los administrados con actos contradictorios, absurdos, desproporcionados o irracionales. Un aspecto de primer orden en todo acto administrativo es la proporcionalidad en sentido estricto entre los medios empleados por la administración pública respectiva y los fines que se pretenden lograr con éste, así como la idoneidad o necesidad de su contenido y, desde luego, cuando resulta aflictivo o de gravamen, la ponderación de su intervención o impacto mínimo. Precisamente por lo anterior, ha surgido en el Derecho Constitucional contemporáneo, como uno de los principios rectores de la función administrativa el de la interdicción de la arbitrariedad, de acuerdo con el cual la conducta administrativa debe ser suficientemente coherente y razonablemente sustentada en el bloque de legalidad, de modo que se baste y explique por sí misma. En nuestro ordenamiento jurídico constitucional tal principio dimana de lo establecido en la primera parte del artículo 11 de la Constitución Política al preceptuar que "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella (...)". No sobra, por lo demás, advertir, que la arbitrariedad no debe ser confundida con la discrecionalidad administrativa, esto es, con la posibilidad que tiene todo ente u órgano público de escoger entre varias opciones o soluciones (contenido), todas igualmente justas, ante el planteamiento de una necesidad determinada (motivo) y el uso de conceptos jurídicos indeterminados para atender un problema (motivo) los cuales suponen un margen de apreciación positiva y negativa y un halo de incertidumbre, pero que, en último término, admiten una única solución justa" (Voto 14421-2004 de las 11:00 horas del 17 de diciembre de 2004).

De lo anterior se puede apreciar que de conformidad con lo expuesto anteriormente, al reunir el oficio 5971-SUTEL-DGM-2017 todos sus elementos el mismo es conforme al ordenamiento jurídico, y no vulnera los principios de razonabilidad, proporcionalidad y de la interdicción de la arbitrariedad. Por lo anterior no son de recibo los argumentos del Regulador General.

4.5.4.21. Sobre el seguimiento con los cambios propuestos

Manifiesta el Regulador General que es necesario que con la declaración se indique taxativamente cómo se hará el seguimiento del mercado para determinar cuándo se considerará que se han dejado de dar condiciones competitivas y las medidas concretas que se tomarán en ese caso dejando las reglas claras para revertir una eventual declaratoria de competencia.

SUTEL considera que lo solicitado por el Regulador General es innecesario de ser establecido en una eventual declaratoria toda vez que está establecido en el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, el cual establece que un mercado se encuentra en competencia efectiva, de conformidad con el artículo 6

inciso 7) de la Ley 8642, cuando se da una circunstancia: "Circunstancia en la que ningún operador de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, o grupo de cualquiera de estos, puede fijar los precios o las condiciones de mercado unilateralmente, restringiendo el funcionamiento eficiente de este, en perjuicio de los usuarios".

Así las cosas, se desprende que, en el marco regulatorio costarricense de telecomunicaciones, el término competencia efectiva se asocia con una circunstancia en la cual no hay en el mercado un operador o proveedor importante o grupo de estos, lo que es lo mismo que no existe un operador o proveedor que posee poder sustancial de mercado o un grupo de estos que pueda ejercer dominancia conjunta⁴⁰.

Contrario sensu, un mercado no se encuentra en competencia efectiva tanto si existe un operador con poder significativo de mercado, como si se presenta una situación de dominancia conjunta.

Así, tanto para determinar si un mercado se encuentra en competitiva como para determinar si no lo está, lo que corresponde a la SUTEL es determinar la existencia de operadores o proveedores con poder de mercado en dicho mercado.

Con lo cual para determinar si el mercado de telecomunicaciones deja de estar en competencia lo que procede es llevar a cabo una nueva revisión del mercado relevante mediante la aplicación de los elementos establecidos en la RCS-082-2015. Siendo que si se encuentra que el mercado ya no se encuentra en competencia lo que procede es la aplicación de las medidas establecidas en el artículo 75 inciso b) de la Ley 7593.

Por lo anterior, el marco legal vigente ya aborda con claridad lo indicado por el Regulador General, razón por la cual no amerita ser definido por la SUTEL. Así las cosas, se encuentra que no lleva la razón el Regulador General en sus observaciones.

4.5.4.22. Sobre los cambios en el regulador

Indica el Regulador General que la transformación del rol del regulador a la que se refiere la sección 6 del informe 5971-SUTEL-DGM-2017 se refiere a un "rediseño de la SUTEL", situación que a su criterio debe darse con anterioridad a la aprobación de la declaratoria de competencia efectiva en un mercado, ya que es dicha transformación la que lo convertirá en un ente capaz de enfrentar los retos de un mercado en competencia.

Sobre el particular es necesario aclarar que el supuesto hecho de que SUTEL requiera un "rediseño" es una interpretación a la que llega el Regulador General de lo indicado por la SUTEL en su informe.

SUTEL no requiere un rediseño para regular mercados declarados en competencia, más aún SUTEL ya se encuentra regulando mercados declarados en competencia, así conviene indicar que a la fecha los siguientes servicios ya han sido declarados en competencia por parte de la SUTEL:

- Mercado del servicio de acceso residencial a internet en una ubicación fija, declarado en competencia mediante RCS-258-2016.
- Mercado del servicio de itinerancia (roaming en inglés) internacional, declarado en competencia mediante RCS-259-2016.
- Mercado del servicio de telefonía internacional, declarado en competencia mediante RCS-262-2016.
- Mercado del servicio de tránsito de comunicaciones, declarado en competencia mediante RCS-266-2016.
- Mercado del servicio de desagregación de bucle de abonado, declarado en competencia mediante RCS-191-2017.

⁴⁰ La Comisión Europea define en su "Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones" la dominancia conjunta como "el caso de que más de una empresa comparta una posición dominante".

Como ya se indicó previamente lo indicado en la sección 6 se refiere a aquellos elementos que ya están establecidos en el marco legal y regulatorio de las telecomunicaciones y que aplican en un mercado declarado en competencia.

4.5.4.23. Sobre la fiscalización de la calidad del servicio de telecomunicaciones

Indica el Regulador General que las medidas propuestas deben ir acompañadas de un fortalecimiento del rol del ente regulador en materia de fiscalización de la calidad del servicio.

Sobre el particular es menester indicar que la fiscalización de la calidad del servicio siempre ha sido un elemento fundamental en la labor regulatoria de la SUTEL, prueba de lo cual lo constituye la realización anual de los siguientes tipos de estudios:

- Informe de evaluación de la calidad de telefonía e internet móvil
- Encuestas de percepción de calidad del servicios

Es importante aclarar que una eventual declaratoria en un mercado no implica ningún cambio en las facultades con las que cuenta la SUTEL en materia de regulación de calidad de redes, en ese sentido los parámetros de calidad que deben respetar los operadores están establecidos en el Reglamento de Prestación y Calidad del Servicio.

Asimismo, sobre el fortalecimiento de la calidad es necesario indicar que la SUTEL en el acuerdo 017-048-2017, de la sesión ordinaria 048-2017 del 22 de junio del 2017 ya dispuso:

"Señalar a los operadores de servicios móviles, que los estudios que anualmente realiza esta Superintendencia sobre la calidad con que brindan los servicios de voz e Internet móvil, tienen como fin medir la mejora continua en la calidad de los servicios. De ahí la importancia de que los indicadores que hayan superado el umbral de medición mantengan la tendencia y por ende, se den condiciones crecientes de calidad en el servicio de sus redes" (lo destacado es intencional).

En igual sentido la misma propuesta puesta en consulta dispone una serie de mejoras en calidad de servicio a ser implementadas por los operadores, a saber:

- "La SUTEL considera que el nuevo entorno regulatorio debe necesariamente provocar una mayor mejora de la calidad del servicio y experiencia de usuario, en beneficio de los usuarios finales, con lo cual espera por parte de los operadores lo siguiente en términos de la mejora del servicio ofrecido:
 - Calidad de voz en los servicios telefónicos⁴¹:
 - El indicador de calidad de voz debe registrar una nota mínima de 3.0⁴², con una proyección de crecimiento anual de 0.25, con una nota meta de 3.5.
 - En la red 2G se deben aplicar procesos de optimización que permitan a los operadores alcanzar la meta de calidad de voz, con un nivel mínimo inicial de 3.0.
 - En la red 3G los operadores actualmente cumplen con la meta correspondiente al 3.5, ante lo cual deben trabajar en que estos niveles no registren detrimentos en los siguientes años.
 - Área de cobertura⁴³:
 - El indicador de área de cobertura, debe cumplir como mínimo con el umbral del 90%.
 - Los operadores deberán implementar procesos de mejora para que los porcentajes actuales de área de cobertura (precisión de la cobertura) de sus redes 2G, 3G y 4G, cumplan con la meta

⁴¹ El indicador de calidad de voz en servicios telefónicos corresponde al artículo 65 del Reglamento de Prestación y Calidad del Servicio (RPCS) vigente, así como al artículo 36 del nuevo RPCS.

⁴² Umbral establecido en la resolución RCS-152-2017 "Umbrales de cumplimiento para los indicadores establecidos en el Reglamento de prestación y calidad de servicios (RPCS)", publicado en el Alcance N° 141 de la Gaceta el 14 de junio del 2017.

⁴³ El indicador de área de cobertura (precisión de la cobertura del servicio ofertado) corresponde al artículo 63 del RPCS vigente, así como al artículo 41 del nuevo RPCS.

mínima del 90%⁴⁴, sin que se registren detrimentos en los porcentajes para años siguientes.

- Desempeño de la velocidad de transferencia de datos a través de redes móviles evaluada en campo respecto a la velocidad contratada⁴⁵:
 - El indicador de desempeño de la velocidad, debe cumplir como mínimo con el umbral del 40%⁴⁶ para redes 3G y de un 50%⁴⁷ para redes 4G, manteniendo una proyección de crecimiento anual de 10% en el porcentaje de desempeño para ambas tecnologías.
 - Los operadores deberán implementar procesos de mejora para que los porcentajes de desempeño de velocidad de descarga en las redes 3G y 4G registren una tendencia creciente y cumplan con las metas mínimas iniciales del 40% (3G) y un 50% (4G), sin que se registren detrimentos en los porcentajes para años siguientes.
 - La meta es alcanzar porcentajes de desempeño de velocidad de un 60% para redes 3G y un 70% para redes 4G”.

Por lo anterior, se considera que el Regulador General no lleva razón en sus argumentaciones.

4.5.4.24. Sobre la evaluación de medidas alternativas a la declaratoria de competencia efectiva

Manifiesta el Regulador General que el informe presentado por la SUTEL es omiso en presentar alternativas a la declaratoria de competencia efectiva, entre ellas bajar la tarifa tope actualmente fijada.

Lo indicado por el Regulador General carece no sólo de sustento técnico sino que es contrario a la práctica internacional en la materia. Al respecto es pertinente considerar lo indicado por la Comisión Europea⁴⁸:

“... el concepto de competencia efectiva significa que no exista ninguna empresa en posición dominante en el mercado pertinente. En otras palabras, determinar que en un mercado pertinente existe competencia efectiva equivale a determinar que no existe posición dominante individual ni conjunta en dicho mercado. A la inversa, determinar que en un mercado pertinente no existe competencia efectiva equivale a determinar que existe posición dominante individual o conjunta en dicho mercado.

Si una ANR [Autoridad Nacional Reguladora] llega a la conclusión de que en un mercado pertinente existe competencia efectiva, no estará permitido imponer obligaciones a ningún operador en dicho mercado con arreglo al artículo 16. Si la ANR había impuesto previamente obligaciones reglamentarias sobre una o más empresas en ese mercado, deberá suprimirlas y no podrá imponer ninguna nueva obligación a tales empresas” (lo destacado es intencional).

En ese sentido, el marco legal de las telecomunicaciones costarricense establece también que si se encuentra que un determinado mercado no posee un operador importante el mismo se encuentra en competencia efectiva y deben ser eliminadas las obligaciones que hayan sido establecidas en el artículo 75 inciso b) a un operador declarado previamente como importante. En ese sentido a nivel técnico y legal si la SUTEL no determina la existencia de un operador importante en un mercado no se justifica la implementación de medidas regulatorias como las propuestas por el Regulador General.

Asimismo el artículo 50 de la Ley 8642 establece claramente que “cuando la SUTEL determine, mediante resolución motivada, que existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, los precios serán determinados por los proveedores de los servicios de telecomunicaciones”, así las cosas es claro que el marco legal vigente impide a la SUTEL acoger medidas como las planteadas por el Regulador

⁴⁴ Umbral establecido en la resolución RCS-152-2017 “Umbrales de cumplimiento para los indicadores establecidos en el Reglamento de prestación y calidad de servicios (RPCS)”, publicado en el Alcance N° 141 de la Gaceta el 14 de junio del 2017.

⁴⁵ El indicador de desempeño de la velocidad corresponde al artículo 98 del RPCS vigente⁴⁵, así como al artículo 46 del nuevo RPCS.

⁴⁶ Umbral establecido en la resolución RCS-152-2017 “Umbrales de cumplimiento para los indicadores establecidos en el Reglamento de prestación y calidad de servicios (RPCS)”, publicado en el Alcance N° 141 de la Gaceta el 14 de junio del 2017.

⁴⁷ Ídem a 15.

⁴⁸ Comisión Europea. (2002). *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*. Diario Oficial, 2002/C 165/03/02. 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, 98/C 265/02.

General.

Por lo anterior, se considera que el Regulador General no lleva razón en sus argumentaciones.

4.5.4.25. Sobre otros temas a considerar dentro de la propuesta

El Regulador General indica que la SUTEL debe tomar en cuenta la sentencia de la Sala Constitucional (número 2017-11212 del 14 de julio de 2017). Lo anterior ya fue considerado por la SUTEL (esto porque el Por Tanto de dicha sentencia se conocía de previo a que el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 fuera puesto en consulta) al indicar lo siguiente en la propuesta puesta en consulta

- “La SUTEL comparte el criterio de que el acceso a internet es una herramienta que potencia el ejercicio del derecho a la información, a la libertad de expresión y a la educación, y en ese sentido llevará a cabo las acciones regulatorias que estime oportunas para resguardar el acceso de los usuarios costarricenses a este servicio”.
- ...
- La SUTEL establece que los operadores deberán respetar las condiciones establecidas en política de uso de justo”.

Al haber indicado lo anterior, la SUTEL reconoce que los cambios que sufra dicha política producto del reciente voto de la Sala Constitucional deben ser respetados por los operadores móviles.

Asimismo indica el Regulador General que SUTEL debe tomar en cuenta los resultados de la última subasta de espectro. Es importante indicar que dichos elementos se encuentran contenidos en el apartado sobre “Asignación de concesiones adicionales de espectro” donde se indicó lo siguiente:

“Los únicos operadores que participaron por dichas frecuencias fueron Claro y Movistar y en ese sentido se reconoce que la asignación de este espectro a estos dos operadores es un elemento que vendría a dinamizar la competencia del mercado de telecomunicaciones, permitiendo a estos operadores no sólo equilibrar su cantidad de espectro respecto a la que posee el ICE sino también ofrecer mejores servicios y tener una mejor calidad, pudiendo así ajustar su oferta comercial a la mayor exigencia de datos demandada por los usuarios de los servicios de comunicaciones móviles”.

Por lo anterior, se considera que lo propuesto por el Regulador General ya fue incorporado por la SUTEL.

4.5.4.26. Sobre las recomendaciones del escrito

El Regulador General recomienda lo siguiente:

- Que SUTEL incorpore en el estudio referido una mayor justificación técnica sobre las razones que llevan a recomendar que se declare la competencia efectiva.
- Que se valore como alternativa a la propuesta de declarar la competencia efectiva, la opción de bajar los topes tarifarios.
- Que antes de declarar la competencia efectiva SUTEL debe garantizar que se han cumplido las condiciones enumeradas en la Sección 6 en lo que respecta los cambios en el ente regulador de cara al nuevo entorno.

Estos temas fueron abordados en secciones anteriores del escrito, por lo que resulta pertinente referirse a los elementos indicados de previo en relación con las propuestas del Regulador General.

Sobre el hecho de que SUTEL incorpore en el estudio referido una mayor justificación técnica sobre las razones que llevan a recomendar que se declare la competencia efectiva, es necesario aclarar que el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 es amplio en cuanto a su fundamentación, además de que cubre todos los elementos legalmente establecidos en nuestro ordenamiento, incorpora los indicadores establecidos en la resolución RCS-082-2015 que fueron hechos del conocimiento del mercado, siendo que la pretensión del Regulador General de emplear indicadores no contemplados en dicha resolución resultaría contrario a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en la Administración toda vez que cuando la SUTEL publicó la resolución RCS-082-2015 hizo de conocimiento del mercado cuáles eran los parámetros que

aplicaría. Así el empleo de parámetros distintos a los establecidos en dicha resolución en relación con un servicio particular resultaría a todas luces contrario a la buena práctica regulatoria.

Sobre el hecho de que SUTEL valore como alternativa a la propuesta de declarar la competencia efectiva, la opción de bajar los topes tarifarios, se reitera que lo indicado por el Regulador General carece no sólo de sustento técnico sino que es contrario a la práctica internacional en la materia, al respecto es pertinente considerar lo indicado por la Comisión Europea⁴⁹:

“... el concepto de competencia efectiva significa que no exista ninguna empresa en posición dominante en el mercado pertinente. En otras palabras, determinar que en un mercado pertinente existe competencia efectiva equivale a determinar que no existe posición dominante individual ni conjunta en dicho mercado. A la inversa, determinar que en un mercado pertinente no existe competencia efectiva equivale a determinar que existe posición dominante individual o conjunta en dicho mercado.

Si una ANR [Autoridad Nacional Reguladora] llega a la conclusión de que en un mercado pertinente existe competencia efectiva, no estará permitido imponer obligaciones a ningún operador en dicho mercado con arreglo al artículo 16. Si la ANR había impuesto previamente obligaciones reglamentarias sobre una o más empresas en ese mercado, deberá suprimirlas y no podrá imponer ninguna nueva obligación a tales empresas” (lo destacado es intencional).

En ese sentido, el marco legal de las telecomunicaciones costarricense establece también que si se encuentra que un determinado mercado no posee un operador importante el mismo se encuentra en competencia efectiva y deben ser eliminadas las obligaciones que hayan sido establecidas en el artículo 75 inciso b) a un operador declarado previamente como importante. En ese sentido a nivel técnico y legal si la SUTEL no determina la existencia de un operador importante en un mercado no se justifica la implementación de medidas regulatorias como las propuestas por el Regulador General.

Asimismo el artículo 50 de la Ley 8642 establece claramente que “cuando la SUTEL determine, mediante resolución motivada, que existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, los precios serán determinados por los proveedores de los servicios de telecomunicaciones”, así las cosas es claro que el marco legal vigente impide a la SUTEL acoger medidas como las planteadas por el Regulador General.

Sobre el hecho de que antes de declarar la competencia efectiva la SUTEL debe garantizar que se han cumplido las condiciones enumeradas en la Sección 6 en lo que respecta los cambios en el ente regulador de cara al nuevo entorno, se reitera que lo indicado en la sección 6 se refiere a aquellos elementos que ya están establecidos en el marco legal y regulatorio de las telecomunicaciones pero sobre los cuales SUTEL pondrá especial atención en su fiscalización. Asimismo se reitera que SUTEL no requiere un rediseño para regular mercados declarados en competencia, toda vez que a la fecha ya se encuentra regulando mercados declarados en competencia.

Por lo anterior, se considera que el Regulador General no lleva razón en sus argumentaciones.

4.5.5. Conclusión

Así, pese a la falta de legitimidad del Regulador General al presentar su escrito de observaciones, se dan por analizadas y atendidas las observaciones indicadas. Del análisis realizado previamente se concluye que no lleva razón el señor Regulador General en cuanto a las observaciones presentadas en relación con el informe 5971-SUTEL-DGM-2017.

4.6. Observaciones presentadas por ASIET

4.6.1. Formalidades

⁴⁹ Comisión Europea. (2002). Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Diario Oficial, 2002/C 165/03/02. 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, 98/C 265/02.

La observación fue presentada por el señor Pablo Bello Arellano en su condición de Director Ejecutivo de la Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones (ASIET), organización que se encuentra facultada para ser parte de la Consulta Pública, como asociación que representa los intereses de determinados operadores de telecomunicaciones que operan en el mercado costarricense

No consta medio para recibir notificaciones.

4.6.2. Posición

La Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones manifiesta que:

(...)

Si bien desde ASIET hemos expresado que tanto la evolución en las estadísticas e indicadores del sector, como las opciones de elección entre servicios que están al alcance de los consumidores, son una prueba fehaciente de que "existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva" y que hay elementos claros para sustentar una resolución motivada en la materia, la decisión que tomó la SUTEL de llevar a cabo estudios y realizar un análisis pormenorizado al respecto constituye una medida razonable que contribuye a dar certeza respecto al sustento de sus determinaciones.

(...)

En nuestra opinión, el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 es un estudio riguroso, actualizado y con información que permite tener un diálogo claro de las condiciones del mercado de telecomunicaciones móviles en Costa Rica. En sus diversos apartados se adoptan instrumentos metodológicos y conceptos de aplicación especializada a nivel internacional que respaldan las diversas afirmaciones que contiene. En la lectura y revisión del informe se identifica la realidad que vive el sector en la actualidad y su contenido deja constancia y permite motivar la existencia de condiciones de competencia efectiva en el país (lo destacado es intencional).

(...)"

4.6.3. Fundamento Jurídico

Dado que la observación realizada por parte de ASIET no contempla oposiciones a la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", ni tampoco solicita incluir elementos en la misma; es que no se presenta fundamento jurídico de la respuesta otorgada.

4.6.4. Análisis técnico

Dado que la observación realizada por parte de ASIET no contempla oposiciones a la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", ni tampoco solicita incluir elementos en la misma, es que no se presenta un análisis técnico.

4.6.5. Conclusión

Esta Superintendencia da por recibida y analizada la observación remitida por parte de la Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones en la cual expresa que concuerda con lo concluido por parte de la SUTEL en la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", y apoya el proceso de declaratoria de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones móviles.

4.7. Observaciones presentadas por CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A.

4.7.1. Formalidades

La observación fue presentada por el señor Edgar del Valle Monge en su condición de apoderado generalísimo de Claro CR Telecomunicaciones, S.A. (CLARO), empresa que se encuentra facultada para ser parte de la Consulta Pública, como operador y proveedor de servicios de telecomunicaciones.

Como medio de notificaciones consta el correo electrónico notificaciones.SUTEL@claro.cr

4.7.2. Posición

CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. manifiesta que:

"(...)

En relación con lo que indica la SUTEL, si bien es cierto podría aceptarse que los OTT's no proveen un medio de acceso al servicio telefónico tradicional por llamarle de alguna manera, lo cierto del caso es que aplicaciones como Facebook, Whatsapp, Viber y Skype permiten la comunicación entre los usuarios que cuentan con dichas aplicaciones, razón por la cual desde nuestro punto de vista sí es un competidor del servicio de telecomunicaciones móviles por cuanto ofrece los mismos resultados de un servicio de voz y de SMS.

(...)

La cita transcrita, permite establecer que ya hoy en día los OTT compiten abierta y directamente con los operadores de servicios de telecomunicaciones móviles, por lo que como se indicó al inicio de éste acápite para futuros ejercicios como el actual respetuosamente sugerimos que sean considerados.

(...)

Por lo anterior, es evidente que sin la existencia de competencia efectiva en el mercado de los servicios de telecomunicaciones móviles, las condiciones anteriores no se hubieran podido alcanzar, lo que viene a respaldar la conclusión a la que llega SUTEL en el documento que se encuentra en consulta.

(...)

Finalmente, coincidimos con lo indicado por la SUTEL en que esta declaratoria traerá muchos beneficios para los usuarios y un mayor control por parte del Regulador en relación con la operación de las compañías que prestamos servicios de telecomunicaciones móviles...

(...)"

4.7.3. Fundamento Jurídico

Dado que la observación realizada por parte de CLARO no contempla oposiciones a la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", y la solicitud de considerar el análisis del impacto de que reciben los operadores de servicios de telecomunicaciones móviles por parte de las aplicaciones OTT, es para futuras revisiones; es que no se presenta fundamento jurídico.

4.7.4. Análisis técnico

Atendiendo la observación emitida por parte de CLARO en cuanto a incluir en futuras revisiones el análisis del impacto de que reciben los operadores de servicios de telecomunicaciones móviles por parte las aplicaciones OTT, se aclara que como bien lo indica el estudio, del Centro de Estudios de Telecomunicaciones de América Latina, mencionado por la empresa: "...revelan que en un futuro cercano estas aplicaciones podrían llegar a modificar las dinámicas competitivas de manera sustancial". En ese sentido se considera que las aplicaciones OTT aún no se constituyen como sustitutos de los servicios tradicionales ya que no brindan un medio de

acceso al servicio, sin embargo, en futuros análisis SUTEL valorará la realidad tecnológica que presente el mercado en dicho momento, con lo cual, si llegara a determinarse que la situación con las OTT ha variado, dicha circunstancia se incorporará en el análisis.

4.7.5. Conclusión

Esta Superintendencia da por recibida y analizada la observación remitida por parte de CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. en la cual externa que concuerda con lo concluido por parte de la SUTEL en la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis de grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", y se aclara su observación en cuanto al tema del análisis del impacto que sufren los operadores de servicios de telecomunicaciones móviles por parte de las aplicaciones OTT, asimismo se indica que se apoya el proceso de declaratoria de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones móviles.

4.8. Observaciones presentadas por la Defensoría de los Habitantes

4.8.1. Formalidades

La observación fue presentada por la señora Montserrat Solano Carboni en su condición de Defensora de los Habitantes de la República, institución que se encuentra facultada para ser parte de la Consulta Pública, como institución que defiende a los habitantes del país.

Como medio de notificaciones consta el correo electrónico meza@dhr.go.cr

4.8.2. Posición

La Defensoría de los Habitantes manifiesta que:

l) Sobre la estructura del mercado.

1) Participantes del Mercado

Manifiesta la Defensoría que el Consejo de la SUTEL en la resolución RCS-082-2015 estableció que la competencia efectiva requiere la existencia de múltiples proveedores, pero acota que para este tipo de servicio la cantidad de empresas participantes no suele ser muy extenso. A su vez la Defensoría enuncia que la SUTEL resolvió que a efectos de hallar "indicio de competencia" se debe considerar que: "entre mayor sea la cantidad de participantes, se estima que el mercado es más competitivo". La Defensoría considera que la existencia de tres operadores OMR que acaparan el 99% del mercado y dos operadores virtuales (OMV) con un 1% del mercado no es un indicador suficiente de que el mercado sea competitivo, sino que se trata de una condición de tipo oligopólica y se requiere de regulación para evitar prácticas monopolísticas en detrimento de los usuarios. Por último, manifiestan que la valoración del parámetro de participantes del mercado no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

2) Participación de mercado

Alega la Defensoría que la SUTEL se contradice según lo desarrollado con las cuotas de mercados y la metodología aprobada por el Consejo de la SUTEL en la resolución RCS-082-2015, pues en este se indica que empresas con cuotas inferiores al 25% no es probable que ocupen posición dominante en el mercado y que la inquietud por una posición dominante individual solo puede plantearse en el caso de empresas con cuotas de mercados superiores al 40%. Además, manifiesta la Defensoría que SUTEL resolvió que a efectos de hallar según el informe de examen "indicios de competencia" se deben valorar dos situaciones: La homogeneidad en las cuotas de mercado y la tendencia decreciente de la cuota del operador más grande. En este caso, el informe de la SUTEL destaca la tendencia decreciente de la cuota del operador más grande, pero al año 2016 dicho operador aún mantiene una cuota superior al 40% referida por la SUTEL cuando hace referencia a la Comisión Europea, incluso la cuota del operador mayor en el 2016 es superior al 53%, lo cual se considera extraordinariamente elevada y que atestigua por sí misma una posición dominante, según lo

reseñado por el Consejo de la SUTEL en la Metodología aprobada (RCS-082-2015). Concluye la Defensoría que no se demuestra la homogeneidad en las cuotas de mercado requerida por la metodología para hablar de indicios de competencia efectiva, ya que en el caso de examen para el año 2016, dos OMR en conjunto, solo llegan al 1% de la cuota del mercado, un OMR mantiene el 20%, otro OMR el 26% y el OMR más grande el 53% del mercado y que según los datos analizados y los alcances de la RCS-082-2015 la valoración del parámetro "Participación de mercado" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado minorista de telecomunicaciones.

3) Concentración de mercado

Manifiesta la Defensoría que la resolución RCS -082-2015, en lo referente al parámetro "Concentración de mercado", el Consejo Directivo de la SUTEL resolvió que, a efectos de hallar "indicios de competencia" el HHI debe ser menor que 1.500 y si el HHI es superior a 3.000 se presume que el mercado está muy concentrado.

Considerando lo anterior, el hecho de que el HHI del mercado relevante para el año 2016 sea de 3.891 (superior a 3000), es un claro indicador de un mercado altamente concentrado y, por tanto, que no es un mercado competitivo. Asimismo, la afirmación de que el nivel mínimo que podría alcanzar dicho indicador sería de 3.333 puntos debido a la existencia de sólo tres operadores no es congruente con lo establecido en el apartado (1) sobre participantes del mercado. En esa sección, la SUTEL indicó la presencia de cinco operadores, tres OMR (Claro, ICE y Movistar) y dos OMV (Full Móvil y Tuyo Móvil), de esta forma, considerando los cinco operadores, el valor mínimo al que podría llegar el HHI sería de 2.000, indicando que a lo que podría aspirarse, si no aumenta el número de operadores, sería a un mercado moderadamente concentrado.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Concentración de mercado" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles. Por el contrario, según la metodología aprobada, el mercado se encuentra altamente concentrado.

4) Comportamiento reciente de los participantes del mercado

a. Rivalidad del mercado a nivel de precio

En relación con el indicador "rivalidad en el mercado a nivel de precio", en el informe de la SUTEL (05971-SUTEL-DGM-2017) se manifiesta un cambio en las conclusiones externadas en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 de noviembre del año pasado.

Con base en la información presentada, la SUTEL concluye en este nuevo informe (05971-SUTEL-DGM-2017), que "ha habido una evolución favorable del mercado móvil", en términos de menores precios ofrecidos al usuario final y que gracias a la información recibida en el marco de la consulta pública del informe 6419-SUTEL-DGM-2016, ha logrado "una visión más completa del mercado y analizar su conclusión anterior, en el sentido de que todos los usuarios del servicio de telecomunicaciones móviles, y no sólo los usuarios postpago, se han visto beneficiados de la apertura del sector mediante el ofrecimiento de menores precios"

La Defensoría manifiesta su desacuerdo con esta conclusión pues la evidencia presentada de la tendencia decreciente de los precios del servicio minorista de telecomunicaciones móviles no es concluyente. El principal indicio, que era la reducción en los precios mínimos en dólares americanos corregidos por la paridad de poder de compra (US\$PPA) ofrecidos para las canastas de consumo definidas por la OCDE, se debió a factores ajenos a la competencia tal como lo explicó en su momento la SUTEL en el Informe 6419-SUTEL-MM-2016. Asimismo, los datos complementarios de la evolución de precios medios para los servicios de llamadas y de datos, muestran reducciones pequeñas para un período de siete años. En este sentido, la SUTEL no especifica qué metodología estadística le permite concluir que esas pequeñas reducciones de precios medios son significativas, para indicar que existen indicios de competencia. Por el contrario, la información parece indicar que este mercado está estancado

Por otra parte, indica la SUTEL que una de sus preocupaciones en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 era que la dinámica competitiva del mercado parecía estar en gran medida definida por el ICE y que no había evidencia clara de que las acciones de Claro y Movistar pudieran actuar como contrapeso de un eventual aumento injustificado de precios, de manera que estos operadores se limitarían a seguir la política de la empresa líder.

Sin embargo, señala la SUTEL que de cara a la política comercial más reciente de los operadores móviles no se han vuelto a presentar situaciones en las cuales Claro y Movistar actúen como meros seguidores de Kölbi, sino por el contrario estos operadores han aprovechado una serie de cambios llevados a cabo por este operador para posicionarse en el mercado. (059171-SUTEL-DGM-2017). A pesar de lo indicado por SUTEL, en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016, esa misma superintendencia indicaba que era "importante destacar que la cantidad de promociones que realizan los operadores se han mantenido estables entre los años 2012 y 2015, lo que evidencia que la dinámica competitiva del mercado se ha mantenido estable durante el período de análisis" (RCS-265-2016,). Sin embargo, en el nuevo informe, con las observaciones realizadas para el año 2016, la SUTEL indica que el mercado ha superado el estancamiento en la dinámica competitiva presentado en el período 2012-2015. Debido a esta situación, la Defensoría considera aventurada y prematura esta conclusión de la SUTEL, pues se considera necesaria una evaluación de más largo plazo para poder comprobar la existencia de cambios estructurales en las políticas de promoción consistentes con una mayor dinámica competitiva, dado que los cambios observados para un solo año podrían obedecer a otros objetivos, tales como la segmentación del mercado y la búsqueda de nichos por parte de los operadores, prácticas que, por el contrario, podrían limitar la competitividad deseada

La Defensoría considera a manera de conclusión que la observación de los cambios de la política comercial de los operadores con base en un solo año no puede considerarse un indicio de competencia en procura de una mayor competencia efectiva en el mercado, pues las evaluaciones de las prácticas comerciales deben realizarse en un período mayor a un año pues pueden corresponder a objetivos no congruentes con la competencia efectiva. Así las cosas y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, y a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Rivalidad del mercado a nivel de precio" no presenta información suficiente y consistente para concluir que hay indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

b. Rivalidad del mercado en factores no relacionados con el precio

Manifiesta la Defensoría que en la resolución RCS-082-2015, en lo referente a este parámetro, el Consejo Directivo de la SUTEL resolvió que, a efectos de hallar "indicios de competencia" las redes de distribución deben ser homogéneas entre operadores y, además, que debe presentarse homogeneidad en el acceso y en la cobertura. Sin embargo, SUTEL plantea que existen "enfoques competitivos diferenciados" entre los operadores como indicio de competencia, criterio que no es considerado como indicio en la metodología aprobada.

En este caso lo que debió valorar SUTEL es el grado de homogeneidad alcanzado por las redes en el mercado, de manera que entre más homogéneas sean las redes se puede indicar que existen indicios de competencia, según establece la metodología. Pero esto no lo hace la SUTEL y realiza su análisis indicando que la política de ventas del mercado se basa en "enfoques competitivos diferenciados", lo cual, a criterio de la Defensoría, aleja a los operadores del proceso de homogeneidad en redes solicitado en este indicador. Baste observar que Kölbi, como mayor operador del mercado invierte para mejorar su servicio de 4G, mientras que Movistar invierte para mantener la calidad ofrecida a los usuarios en sus redes 3G y 4G y, la empresa Claro, por el contrario, presenta un deterioro del servicio en sus redes 3G y 4G.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Rivalidad del mercado en factores no relacionados con el precio" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

c. Denuncias por prácticas monopolísticas

Esboza la Defensoría que según la resolución RCS-082-2015, en lo referente a este parámetro, si se proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicios minoristas de telecomunicaciones móviles.

5) Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumos

La Defensoría señala que en el Informe de SUTEL sobre la revisión del mercado relevante 6419- SUTEL-DGM-2016, se había detectado una limitante de competencia en el mercado móvil lo que podría estar

constituyendo el cargo de terminación móvil, que no se había ajustado desde el año 2010. Por tanto, el Consejo Directivo de la SUTEL, mediante resolución RCS-244-2016 actualizó el monto del cargo de terminación móvil en la oferta de interconexión del ICE estableciendo el precio del mismo de 13,33 colones en enero de 2017, 8,71 colones en enero de 2018 y 4,09 colones para enero de 2019.

Con ello, se ha buscado otorgar a los operadores móviles, Claro y Movistar, un mayor margen para competir a nivel de precios en el servicio de llamadas nacionales. Concluye la SUTEL indicando que dicha decisión regulatoria tomada por el Consejo de la SUTEL en noviembre de 2016 vino a solucionar uno de los problemas competitivos encontrados en el análisis de mercado de telecomunicaciones móviles.

En relación con lo indicado por la SUTEL en este aspecto, considera la Defensoría que se requiere de más información y recopilación de datos para establecer si la medida tomada por la SUTEL solucionó el problema competitivo indicado, dado que la misma inició su aplicación el 1 de enero del presente año y se extiende hasta el 1 de enero del año 2019.

En lo referente a los aspectos a considerar en este parámetro, el Consejo Directivo de la SUTEL en la resolución RCS-082-2015, resolvió que a efectos de hallar "indicios de competencia" se deben valorar los siguientes aspectos: cantidad de solicitudes de intervención de acceso e interconexión presentadas, tramitadas y resueltas, tiempo promedio para resolver las solicitudes de interconexión, margen entre precios minoristas y los cargos mayoristas. Sin embargo, la información contenida en ese apartado no considera los datos requeridos para valorar este parámetro, según la metodología aprobada. Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Acceso de los participantes de mercado a las fuentes de insumos" no considera los indicadores establecidos en la metodología, por lo cual no se presenta información suficientemente robusta para poder concluir que, en este aspecto, el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles presenta indicios de competencia.

6) Poder compensatorio de la demanda

Que en la resolución RCS-082-2015, a efectos de hallar "indicios de competencia" establece que los usuarios deben poseer un elevado poder compensatorio frente a los proveedores de los servicios, lo cual sería un indicador de ausencia de poder de mercado y la posible existencia de competencia efectiva. Por tanto, al ser bajo el poder compensatorio de los usuarios en este mercado, este parámetro revela la ausencia de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles. Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Poder compensatorio de la demanda" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

7) Costos de cambio de operador (switching cost en inglés)

Según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Costos de cambio de operador" proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

8) Rentabilidad

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Rentabilidad" proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

II) Barreras de entrada al mercado.

1) Costos Financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución

En relación con los costos financieros para desarrollar canales alternativos de producción o distribución, los informes 6419-SUTEL-MM-2016 y 05971-SUTEL-MM-2017 son congruentes al establecer que si bien, la inversión para desplegar una red de telecomunicaciones es alta, las empresas actuales en el mercado son grandes y consolidadas y poseen acceso a financiamiento adecuado para sus inversiones. Se concluye que

el acceso a fuentes de financiamiento no es una barrera para la expansión de los operadores actuales. A pesar de lo anterior, la Defensoría considera que los costos financieros calificados como altos por la SUTEL, sí constituye una limitante relevante para el ingreso de nuevos competidores al mercado. Si bien, los actuales operadores cuentan con fuentes financieras para cubrir sus inversiones, esta situación puede consolidar la concentración del mercado en los tres OMR actuales.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

2) Economías de escala y de alcance:

Considera la Defensoría que pesar de lo indicado por la SUTEL en el informe 6419-SUTE-DGM-2016, en su nuevo informe, en el sentido de que las economías de escala y alcance no representan ventajas para los actuales proveedores, considerando lo indicado en la metodología aprobada por la SUTEL (RCS-082-2015), sí constituyen serias barreras que limitan la incursión nuevos operadores y proveedores en el mercado, sean éstos OMR o OMV. Por tanto, la evaluación de este parámetro no apoya la presencia de indicios de competencia efectiva en el mercado minorista de telecomunicaciones móviles.

Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Economías de escala y de alcance" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

3) Monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida:

Manifiesta la Defensoría que en el informe de SUTEL (05971-SUTEL-DGM-2017) reconoce que los altos costos de despliegue de red y elementos asociados constituyen una barrera de entrada al mercado: "ya que las inversiones necesarias para ingresar al mercado solo pueden ser enfrentadas por empresas con alta capacidad financiera que les permita emprender un proyecto de gran envergadura". Asimismo, en el Informe 6419-SUTEL-DGM-2016 se había indicado que la red de producción, distribución y ventas representa una variable importante para la expansión y crecimiento de los operadores por lo que representa una de las barreras de entrada que debe ser tomada en consideración por excelencia. A pesar de lo anterior, en el informe en discusión (05971-SUTEL-DGM-2017), la SUTEL concluye que "Pese a los altos costos asociados al despliegue, expansión y mejora de las redes móviles, este elemento no ha representado una barrera para la competencia de los actuales operadores del mercado, siendo que los tres han continuado haciendo las inversiones necesarias para el mejoramiento de sus redes". En relación con la conclusión a la que llega SUTEL en este nuevo informe, la Defensoría debe señalar que la resolución metodológica RCS-082-2015 es clara al establecer que la valoración de las barreras de entrada se hace en función de la facilidad de ingreso de nuevos operadores y proveedores al mercado para favorecer el desarrollo de un ambiente más competitivo en el mercado. Específicamente, en relación con este parámetro el Consejo de SUTEL estableció que los indicios de competencia deben considerar que mientras mayores sean estas barreras, más difícil será para un entrante competir con un operador establecido o grupo de éstos.

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

4) Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos:

Manifiesta la Defensoría que de acuerdo con la SUTEL el acceso a espectro radioeléctrico constituye una de las barreras de entrada más importantes. Cabe indicar que en el caso de la subasta realizada para asignar los 70 Megahercios (MHz) de espectro radioeléctrico para telefonía móvil sobrante del proceso de 2011, realizada en julio de 2017, tal como manifiesta la SUTEL sólo participaron Claro y Movistar. En el proceso, estas empresas no superaron el precio base fijado por la SUTEL de \$43 millones para los siete bloques puestos en puja, de forma de que la subasta que estaba prevista para múltiples rondas, sólo se realizó la

primera de estas rondas. Este hecho muestra la falta de competitividad que existe en este mercado, dado que cada empresa adquirió los bloques de su interés, sin que la otra empresa forzara a una segunda ronda con un precio mayor al precio base establecido.

Por otra parte, en los aspectos por considerar en este parámetro, según se establece en la resolución RCS-082-2015, el Consejo Directivo de la SUTEL, resolvió que los indicios de competencia se presentan entre mayor cantidad de títulos habilitantes de nuevos proveedores se otorguen y entre mayor sea el número de empresas que efectivamente han logrado empezar a operar en el mercado. Sin embargo, tal como señaló la SUTEL en su momento, la asignación del total del espectro radioeléctrico entre los tres OMR constituye una barrera absoluta que impide el ingreso de nuevos OMR.

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

5) Inversión en publicidad

En el análisis para este parámetro en noviembre del año pasado (6419-SUTEL-DGM-2016), la SUTEL indicó que el gasto en publicidad en telecomunicaciones es muy alto, tanto en términos del monto total invertido, como en los términos del porcentaje que representa ese gasto dentro del balance total de las empresas. En relación con la conclusión de SUTEL, la Defensoría vuelve a indicar que la resolución metodológica RCS-082-2015 establece la valoración de las barreras de entrada en función de la facilidad de ingreso de nuevos operadores y proveedores al mercado y en ningún momento se refiere a la competencia comercial entre los operadores ya instalados o existentes. Específicamente, en relación con este parámetro el Consejo de SUTEL estableció que los indicios de competencia se observan en dos aspectos: "Entre menor sea el gasto en publicidad, se estima que menores son las barreras de entrada al mercado" y "Entre más homogéneo sea el valor de la inversión anual en publicidad se estima que mayor es la competencia del mercado. Sin embargo, tal como señaló la SUTEL en ambos estudios, el gasto en publicidad es significativamente alto y constituye una barrera de entrada para eventuales nuevos operadores interesados en el mercado. Asimismo, según los datos brindados por SUTEL en este informe, los gastos que realizan Movistar, Claro y el ICE son del orden del 3%, 8% y 18% de sus costos totales, respectivamente; de manera que tampoco se cumple el segundo criterio de homogeneidad para hallar indicios de competencia efectiva en este mercado.

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Inversión en publicidad" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

6) Limitaciones de la competencia en los mercados internacionales

En relación con este parámetro manifiesta la Defensoría que el informe de SUTEL sólo indica lo siguiente: "Según la información proporcionada por los operadores del servicio de telecomunicaciones móviles, estos no enfrentan limitaciones a la competencia en los mercados internacionales, por lo cual se concluye que este elemento no representa una barrera de entrada al mercado" (05971-SUTEL-DGM-2017). En relación con este parámetro, la resolución RCS-082-2017, establece que se refiere: "al acceso de los proveedores locales a ciertos recursos internacionales indispensables para la prestación adecuada del servicio local". Para lo cual la resolución define como indicadores los siguientes elementos: "Consulta a los operadores sobre facilidad de negociar acuerdos de corresponsalia internacional, carriers internacionales, acuerdos de terminación internacional, acceso a capacidad de banda ancha internacional, acceso a contenidos internacionales, entre otros".

En este caso, los indicios de competencia se determinan bajo la siguiente consideración: "Entre menores sean las dificultades que tengan los operadores locales para acceder a los recursos internacionales que requieren, se estima que las barreras de entrada son menores". Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la información proporcionada en el Informe para valorar el parámetro "Limitaciones de la competencia en los mercados internacionales", no considera los indicadores establecidos en la metodología y no proporciona información suficiente para poder concluir si existen o no indicios de competencia.

7) Actos de autoridades estatales o municipales que discriminen entre operadores o proveedores

Manifiesta la Defensoría que en el informe de la SUTEL (05971-SUTEL-MM-2017) se señala que tres de los cinco operadores del mercado han denunciado actos de autoridades estatales o municipales que discriminan entre operadores, entre los que se señalan los siguientes: procesos de contratación administrativa de instituciones estatales, distribución no equitativa del espectro radioeléctrico, problemas para el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones, proyectos especiales desarrollados por instituciones estatales. Señala SUTEL que no sólo en el mercado se han presentado en el pasado situaciones que han puesto en desventaja competitiva a algunos operadores móviles del mercado, sino que actualmente siguen presentándose actos de instituciones que tratan de manera desigual a los distintos tipos de operadores de telecomunicaciones. Indica SUTEL que esta situación afecta a los operadores ya establecidos y podría afectar a nuevos operadores que quisieran ingresar al mercado.

Según lo establecido en la metodología aprobada por la SUTEL (RCS-082-2015), para que existan indicios de competencia con base en este parámetro, se requiere de: "La no existencia de trato discriminatorio por parte de las instituciones gubernamentales". Por tanto, este parámetro no revela indicios de competencia efectiva para este mercado.

Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Actos de autoridades estatales o municipales que discriminen entre operadores o proveedores" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

III) Beneficios obtenidos por los usuarios.**1) Acceso de los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones**

Transcribe la Defensoría que Según la resolución RCS-082-2015, la presencia de indicios de competencia bajo este parámetro se establece con base en el siguiente criterio: "Los beneficios obtenidos por los usuarios son mayores, entre más información y detalle, más fácil de acceder y más amigable sea la información que pone el proveedor a su disposición". En este caso, si bien, a criterio de SUTEL, la oferta de información comercial no es un problema para los usuarios, la misma no es amigable pues impide la comparación de ofertas para la toma de decisiones de consumo inteligentes.

La SUTEL considera que la eliminación de esta desventaja para el usuario, se logrará una vez que el próximo año opere un nuevo sistema que permitirá la comparación de ofertas de los proveedores. Consecuentemente, la Defensoría considera que al día de hoy, los problemas de información persisten y que la adecuación de "la medida tomada por SUTEL para resolver dicho problema, sólo podrá evaluarse a partir del próximo año, conforme entre en operación la solución planteada". Por tanto, en la evaluación realizada del mercado relevante, el hecho es que el problema persiste y solamente existe una expectativa de solución futura. Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Acceso de los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones" no proporciona a la fecha del estudio indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

2) Accesibilidad de los precios

Según la resolución RCS-082-2015, la presencia de indicios de competencia bajo este parámetro se determina a través de las tendencias decrecientes de los precios, pues esto es un indicador de mayores beneficios para los usuarios. Esta tendencia debe evaluarse con tres indicadores: Tendencias de precios (precios promedio), Canasta de precios y Comparación internacional (benchmarking). Sin embargo, la Defensoría observa que este tipo de investigación no se realiza en este apartado del estudio de SUTEL en análisis. Por tanto, para evaluar la tendencia de los precios, se puede hacer referencia a lo indicado en el parámetro de "Rivalidad del mercado a nivel de precio", donde SUTEL manifestó en el año 2016 que entre 2011 y 2015 prácticamente no se había dado variación de precios para los niveles más bajos de consumo, mientras que para los niveles más altos de consumo se habían presentado pequeñas disminuciones en el precio. (RSC-265-2016). Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
 18 de setiembre del 2017

2015, la valoración del parámetro "Accesibilidad de los precios" no proporciona a la fecha del estudio, indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

3) Oferta disponible de servicios

Según la resolución RCS-082-2015, la presencia de indicios de competencia bajo este parámetro se determina bajo el criterio de que la "Mayor diversidad de oferta de servicios disponibles al público implica mayores beneficios para el usuario" (p. 22). En este sentido, según la información brindada por la SUTEL en su estudio, este parámetro muestra indicios de competencia.

4) Satisfacción de los clientes con los servicios

Indica la SUTEL que los datos de la "Encuesta de percepción de calidad de los servicios" muestran un cumplimiento de expectativas de calidad y servicio diferente entre operadores: Movistar, Claro y Tuyo Móvil; cumplieron más del 70% de los casos de expectativas de provisión del servicio. Full Movil se ubica en un 66% y Kólbi, el operador más grande (53% del mercado) cumplió las expectativas de calidad y servicio en un 35% de los casos. A pesar de esta información, la SUTEL concluye que la mayoría de los usuarios de cuatro de cinco operadores, están completamente satisfechos con el servicio que reciben.

De forma adicional a lo anterior, señala SUTEL que la encuesta de percepción reveló lo siguiente:

- Un 57,1 del total de usuarios encuestados desconocen la velocidad contratada para el servicio de internet móvil.
- UN 85,88% de los usuarios encuestados desconocen las áreas de cobertura que se respectivo operador/proveedor tiene publicadas en su página web.
- Un 89,62% de los usuarios encuestados indica desconocer los mapas de velocidad de datos que tiene su operador/proveedor publicados en su página web.

Debido a estos resultados, indica la SUTEL que se evidencia la necesidad de impulsar el conocimiento de este tipo de información entre los usuarios, ya que su conocimiento permitirá a éstos tomar decisiones de consumo informadas. En relación con los niveles de satisfacción de los usuarios, la Defensoría difiere de la conclusión extraída por la SUTEL de la información presentada. Esto por cuanto, al evaluar el nivel de satisfacción para todo el mercado, la Defensoría observa que, en conjunto, los operadores cumplieron las expectativas de calidad y servicio de los usuarios del mercado en un 51,67% de los casos.

Este porcentaje está por debajo del 70%. Esta baja calificación se conjunta de forma adversa con las deficiencias de conocimiento, antes indicadas, por parte de los usuarios identificadas por la SUTEL. Por tanto, al considerar la Defensoría que en la resolución RCS-082-2015, el parámetro de "Satisfacción de los clientes con los servicios" establece la existencia de indicios de competencia cuando los niveles elevados de satisfacción implican un beneficio para los usuarios, se considera que este indicador no muestra indicios de competencia. Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Satisfacción de los clientes con los servicios" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

IV) Análisis prospectivo del mercado.

1) Cambios tecnológicos previsibles

Expresa la Defensoría que en los aspectos a considerar en este parámetro, según se establece en la resolución RCS-082-2015 el Consejo de la SUTEL, resolvió que los indicios de competencia se presentan cuando "La aparición de una nueva tecnología podría a venir a debilitar o consolidar una eventual posición de dominio por parte de un operador, dependiendo si ésta puede ser implementada por todos los proveedores o bien sólo por alguno o algunos de ellos". Sin embargo, esa no es la situación prevista por la SUTEL para este mercado, dado que espera que el mismo se mantenga sin cambios tecnológicos hasta los próximos 10 años. Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Cambios tecnológicos previsibles" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de

manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

2) Tendencias del mercado

a. Anuncios de ingreso o salida de operadores del mercado y de fusiones y adquisiciones

Manifiesta la Defensoría que, según la valoración de este parámetro, el informe de la SUTEL (05971-SUTEL-DGM-2017) indica que no se tienen indicios de que en el corto plazo se puedan dar, ni el ingreso, ni la salida de operadores en el mercado de telecomunicaciones móviles. Con base en lo anterior, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Anuncios del ingreso o salida de operadores del mercado y de fusiones y adquisiciones" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

b. Evolución probable de ofertas comerciales

Manifiesta la Defensoría que, en este aspecto, el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017, señala que se espera que la evolución de las ofertas comerciales apunte hacia planes en los cuales el acceso a internet sea el elemento relevante, ofreciendo mayores velocidades que logren satisfacer la mayor demanda de datos de los usuarios. La valoración de este parámetro, según la metodología aprobada en la resolución RCS-082-2017 utiliza como indicador la evolución probable de ofertas comerciales y tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores. En este caso, la valoración de indicios de competencia requiere contar con "información sobre las tendencias comerciales y de consumo", la cual "podría evidenciar si un cambio significativo de mercado está en proceso e impactará la competencia en el corto plazo". Sin embargo, observa la Defensoría que esta información está ausente en la valoración que realiza SUTEL de este parámetro, y se limita a exponer una expectativa de evolución de la oferta comercial sin presentar sustento técnico que la respalde. Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la información proporcionada en el Informe para valorar el parámetro "Evolución probable de ofertas comerciales" no considera los indicadores establecidos en la metodología y no proporciona información suficiente para poder concluir si existen o no indicios de competencia.

c. Tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores

Manifiesta la Defensoría que, de acuerdo con el Informe de la SUTEL en análisis, los consumidores se inclinan por un aumento en el consumo de datos móviles y un menor consumo de servicios más tradicionales como la voz. A pesar de lo indicado por SUTEL, según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la información proporcionada en el Informe para valorar el parámetro "Tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores" no es suficiente para poder concluir si existen o no indicios de competencia.

d. Tendencias históricas de los indicadores relevantes

Respecto a este tema manifiesta la Defensoría que el aspecto a considerar en este parámetro, para evaluar si existen indicios de competencia, según la resolución RCS-082-2015, es la "información sobre las tendencias comerciales y de consumo que pueden evidenciar si un cambio significativo de mercado está en proceso e impactará la competencia en el corto o mediano plazo". La SUTEL no realizó ese análisis en esta sección. Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Tendencias históricas de los indicadores relevantes" no presenta información suficiente para concluir que hay indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

e. Asignación de concesiones adicionales de espectro

Manifiesta la Defensoría que a pesar de lo indicado por SUTEL, uno de los aspectos a considerar es la valoración de este parámetro que se refiere a la posibilidad de ofrecimiento de nuevas concesiones de espectro, lo cual podría romper con situaciones de poder para los actuales y potenciales operadores, según se establece en la resolución RCS-082-2015. Sin embargo, en la situación vigente este escenario no es factible en el corto plazo, por tanto, como se indica en los indicios de competencia para este parámetro: la

falta de disponibilidad de espectro puede llevar a que se consoliden eventuales situaciones de poder de mercado. Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Asignación de concesiones adicionales de espectro" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles, de manera que la SUTEL debe mantener la regulación.

f. Acciones regulatorias

Según la resolución RCS-082-2015, la presencia de indicios de competencia bajo este parámetro se determina considerando las "decisiones regulatorias recientemente tomadas o que están pronto a tomarse y que pueden cambiar el ambiente competitivo del mercado". En este sentido, según la información brindada por la SUTEL en su estudio, este parámetro muestra indicios de competencia.

V) Sobre la existencia de dominancia conjunta.

Manifiesta la Defensoría que en el informe del año 2016 (6419-SUTEL-DGM-2016), la SUTEL indicó que no encontró evidencia de que las acciones de CLARO y MOVISTAR se "hayan enfocado en ser un contrapeso de las acciones del ICE, sino que más bien dichos operadores parecen ser principalmente seguidores de la política comercial definida por el ICE, sobre todo a nivel de precios, lo que implicaría que la estructura de mercado es oligopólica." A pesar de lo anterior, en el nuevo informe (05971-SUTEL-DGM-2017), manifiesta la SUTEL que "encontró una serie de elementos adicionales" que le llevan a concluir que en este mercado no existen indicios de que se presente una situación de dominancia conjunta. Para respaldar esta conclusión la SUTEL reevalúa los aspectos de concentración del mercado, madurez, productos homogéneos, competencia potencial, demanda inelástica, cuotas de mercado, nivel de cambio tecnológico e intensidad de la competencia en precios, según se establece en la metodología aprobada por el Consejo de SUTEL en la resolución RCS-082-2015. La comparación de lo analizado por la SUTEL para cada parámetro en el estudio del 2016 y el estudio del 2017 a la luz de la metodología establecida por el Consejo de SUTEL en la resolución RCS-082-2015, demuestra que la SUTEL no aportó nuevos criterios ni argumentos significativos para que variar la conclusión sobre dominancia conjunta emitida en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 del noviembre del año pasado. Considerando lo anterior, para el parámetro "Alta concentración del mercado", se observa que la reducción en el HHI indicada por la SUTEL en el informe 05971-SUTEL-1)GM-2017 no cambia la situación indicada en el informe del 2016, dado que el indicio de dominancia conjunta establecido por el Consejo de SUTEL se refiere a que el fenómeno se presenta en mercados altamente concentrados, y en este caso, el hecho de que el HHI del mercado relevante para el año 2016 sea de 3.891 (superior a 3000); es un claro indicador de un mercado altamente concentrado y por tanto que no es un mercado competitivo.

En relación con el parámetro "Madurez del mercado" ambos estudios indican que el mercado relevante es un mercado maduro y con base en el criterio establecido en la resolución RCS-082-2015, el mercado presenta indicios de dominancia conjunta, porque "Se considera que la dominancia conjunta es más probable que se presente en mercados maduros en los cuales es más difícil crecer y atraer nuevos consumidores, de tal manera que la demanda se encuentra estancada o crece muy levemente".

La valoración del parámetro "Existencia de productos sustitutos" varía radicalmente de un Informe al otro, dado que en el primero se indica que la diferenciación de la oferta es baja y en el segundo se señala lo contrario, es decir, que es una oferta variada y que cada empresa está buscando consolidarse en un nicho de mercado. Sin embargo, a la luz de lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la información que presenta el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 apoya la existencia de indicios de dominancia conjunta. En este caso, el indicio de dominancia conjunta se valora de la siguiente forma: "Se estima que entre más homogéneos consideren los usuarios los productos, es menos probable que se dé una competencia de precios, y por tanto menos probable que se presenten situaciones de dominancia conjunta". Por tanto, para que no haya indicios de dominancia conjunta el indicador debe mostrar que los productos tienden a ser homogéneos. Por el contrario, si los productos tienden a diferenciarse, es más probable que se presente el fenómeno. En este caso, debe considerarse que el modelo teórico de competencia asume que los bienes son homogéneos, de manera que los precios que rigen en el mercado tienden a ser iguales y no tiene sentido la competencia vía precios.

El parámetro "Falta de competencia potencial" se valora igual en ambos informes indicando la existencia de altas barreras al ingreso de nuevos proveedores. En este caso, la valoración establecida en la resolución

RCS-082-2015 indica: "Se entiende que el ingreso de nuevos operadores al mercado facilita el proceso de competencia y a su vez dificulta la coordinación entre operadores". Por tanto, las altas barreras de ingreso impiden que nuevos operadores ingresen al mercado de manera que se facilita la coordinación entre operadores existentes, Siendo éste un indicio de dominancia conjunta.

En cuanto al parámetro "Demanda inelástica" se mantiene la valoración de que uno de los operadores considera que la demanda de los productos es inelástica, sin embargo, en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 se indica que los otros dos operadores la consideran elástica. En cuanto a la valoración de este parámetro, el indicio de dominancia conjunta establece que "Cuando la elasticidad de la demanda es baja se considera que los proveedores tienen menores incentivos para competir reduciendo los precios, lo que aumenta las posibilidades de que se presente una situación de dominancia conjunta" (RCS-082-2015). Dado que no se presentan datos ni análisis sobre la elasticidad de la demanda para los productos que se ofrecen en el mercado, sino que la SUTEL se limita a indicar lo que dicen los operadores, esta Defensoría considera que no se cuenta con información suficiente para valorar este parámetro. La valoración del parámetro "Cuotas de mercado similares y estables" cambia de un informe al otro. En el informe del año 2016 se indica que las cuotas de mercado han estado estables desde el año 2013; en el informe del año 2017 se señala que a partir del año 2016 se rompe con la estabilidad de las cuotas que había mostrado el mercado en tres años. La valoración del parámetro en este caso indica que grandes diferencias en cuotas de mercado hacen que una situación de dominancia conjunta sea menos probable y que cuotas de mercado estables pueden ser un indicador de colusión (RCS-082-2015). La valoración del parámetro "Bajo nivel de cambio tecnológico" se mantiene en ambos informes, dado que, como señala el informe del año 2017, el país se encuentra en proceso de despliegue de las redes 4G y la perspectiva de implementar redes 5G es a largo plazo. Según indicó el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, los primeros lanzamientos de las redes 5G se espera que aparezcan después del año 2020. En ambos casos, no se esperan cambios tecnológicos importantes durante los próximos 10 años. Por tanto, según establece la metodología (RCS-082-2015) se presentan indicios de dominancia conjunta si se presentan "Niveles bajos de cambio tecnológico" lo cual indica un menor espacio para la competencia. El parámetro "Ausencia o baja intensidad de competencia en precios" presenta consideraciones diferentes en los informes analizados. Sin embargo, la evidencia que se presenta en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 indica que el precio efectivo promedio pagado por el usuario por el servicio de llamadas en colones por minuto se ha reducido pasando de 31,4 colones en el 2010 cuando sólo había un operador, hasta 26,2 colones en el año 2016. Esta reducción representa una disminución del 16,56% en un lapso de siete años. Por tanto, cabe la pregunta, ¿qué tan significativa es la reducción indicada si el mercado pasó de un monopolio a un oligopolio con cinco empresas participantes? Debe indicarse que la resolución RCS-082-2015 establece como criterio de valoración que "La historia de movimientos de precios dentro de un rango angosto sugiere la existencia de dominancia conjunta". Por tanto, considera la Defensoría que esta baja en el precio promedio no es un elemento suficiente para asegurar la ausencia de indicios de dominancia conjunta. Con base en lo anterior y según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la nueva evidencia presentada por la SUTEL en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, no permite descartar la hipótesis de ausencia de dominancia conjunta, siendo que dicho mercado continúa presentando las características necesarias para considerarlo como un mercado en el que se presente una situación de dominancia conjunta.

Conclusiones

Sobre el caso específico la Defensoría cita una serie de normas jurídicas las cuales inician citando el artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley No 8642) y señala sobre este y de manera puntual que "cuando SUTEL determine, mediante resolución motivada, que existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, los precios serán determinados por los proveedores de los servicios de telecomunicaciones"

Sobre lo anterior la Defensoría expone que la disposición transcrita líneas arriba obliga a la SUTEL a demostrar, mediante resolución motivada que en el mercado relevante en cuestión existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva. Con el tema de examen expone la Defensoría que todo acto administrativo emitido a la vida jurídica debe contener tres elementos fundamentales los cuales serían el motivo, la causa y la finalidad, que el acto que carezca de uno de estos elementos devendría en una nulidad absoluta del mismo y que según el análisis realizado por la Defensoría el acto que desea emitir SUTEL carece en este momento del elemento motivo; sobre este punto manifiesta de manera textual en lo que nos interesa lo siguiente:

“...Sin embargo, el análisis exhaustivo del informe 05971-SUTEL-DGM-2017 realizado por la Defensoría en el presente oficio demuestra que las condiciones de este mercado no han cambiado respecto a lo indicado en el informe de SUTEL 06419-SUTEL-DGM-2016 del 31 de agosto de 2016 de manera que el mercado del servicio minorista de telefonía móvil no puede ser declarado en competencia efectiva y continua presentado indicios de dominancia conjunta.

Por tanto, si el Consejo de SUTEL llegase a ordenar la desregulación tarifaria del mercado del servicios minoristas de telecomunicaciones móviles con base en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 estaría emitiendo un acto administrativo seriamente viciado en su motivo, tan seriamente viciado que se estaría en presencia de una nulidad absoluta en los términos de la Ley General de la Administración Pública”

Sobre lo expuesto líneas arriba la Defensoría en lo referente a la nulidad del acto cita también los artículos 158,166,169 y 172 de la Ley General de la Administración Pública. A su vez también hace especial hincapié en el numeral 170 de la Ley General de la Administración Pública, pero este lo dirige a la responsabilidad tanto de la administración como la de los funcionarios desde una perspectiva civil, administrativa y penal del servidor si se llegara a ordenar la ejecución de un acto absolutamente nulo.

4.8.3. Fundamento Jurídico

La Constitución Política establece un modelo de economía de mercado, en particular el artículo 46 establece que “son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora...”.

La Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, Ley 8660, mediante los artículos 1, 2 inciso c) y 38 ordenó la creación del sector de telecomunicaciones, instituyendo la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) como órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.

En concordancia con lo anterior, los artículos 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, y 6 inciso 27) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, establecen como una de las obligaciones fundamentales de la SUTEL aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual deberá actuar en concordancia con las políticas del sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (PNDT), las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

En tal sentido, el artículo 73 inciso i) de la Ley 7593 establece como función del Consejo de la SUTEL el determinar la existencia de operadores o proveedores importantes en cada uno de los mercados relevantes. En concordancia con ello, refiere el numeral 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones que el Consejo de la SUTEL determinará de oficio, mediante resolución motivada, los mercados relevantes y los operadores o proveedores importantes en cada uno de esos mercados.

Por su parte, el artículo 52 inciso b) de la Ley 8642 señala que le corresponde a la SUTEL analizar el grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones; competencia que le fue otorgada en específico a la Dirección General de Mercados (DGM) en los artículos 43 y 44 inciso c) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF).

En caso de que se determine la existencia de operadores y proveedores importantes en alguno de esos mercados, la SUTEL podría imponerles una serie de obligaciones, tal y como lo dispone el artículo 75 inciso b) de la Ley 7593.

Lo anterior fue reconocido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, PNDT 2015-2021; en el que en su apartado 4.3.3 denominado “Regulación del mercado de las telecomunicaciones” señala que tras la apertura del mercado de las telecomunicaciones la evidencia apunta a la necesidad de que la SUTEL realice las acciones en el ámbito de sus competencias, tendientes a dinamizar y mejorar el funcionamiento del mercado. Para ello, señala el PNDT que es imperioso que se realicen los estudios necesarios y la emisión de la resolución correspondiente para la declaratoria de los mercados en competencia.

Así las cosas, le compete al Consejo de la SUTEL:

- a. Definir y analizar los mercados relevantes del sector telecomunicaciones (entre otros, el grado de competencia efectiva que se presenta en ellos).
- b. Determinar la existencia de operadores o proveedores importantes.
- c. Imponer a los operadores y proveedores importantes las obligaciones correspondientes contenidas en el artículo 75 inciso b) de la Ley 7593.

Para la determinación de los mercados relevantes y los operadores o proveedores importantes en cada uno de esos mercados, la SUTEL debe tomar en cuenta los criterios definidos en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472, (artículo 73 inciso i) de la Ley 7593). Asimismo, podrá considerar los elementos señalados en el artículo 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones.

Fue así como por resolución RCS-082-2015, publicada en el Alcance Digital N° 39 a la Gaceta N° 104 del 01 de junio de 2015 denominada "Metodología para el Análisis del Grado de Competencia Efectiva en los Mercados de Telecomunicaciones", el Consejo de la SUTEL integró los anteriores criterios en una metodología de análisis que permite determinar el grado de competencia que prevalece en un determinado mercado relevante y si éste se considera relevante o no.

A partir de la citada metodología, se emitió el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 en el que determinó que el mercado relevante del "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" se encuentra en competencia efectiva; al valorarse la concurrencia de dos elementos, por un lado la determinación de la no existencia de uno o más operadores importantes o de dominancia conjunta en el mercado objeto de análisis y por otro lado la determinación de que en el mercado existen la condiciones suficientes para que los proveedores compitan de manera efectiva entre ellos.

La determinación de competencia efectiva en el mercado relevante del "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" conllevaría dos implicaciones desde el punto de vista regulatorio: primero, que se debe retirar la regulación tarifaria minorista⁵⁰, y segundo, que ese mercado debe eliminarse como un "mercado relevante" regulado de manera ex-ante y consecuentemente, debe prescindirse de toda la regulación ex-ante específica que pudiera tener al momento del análisis realizado⁵¹.

Cabe señalar, que el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 corresponde a una propuesta o insumo de la DGM al Consejo de la SUTEL, en virtud de la obligación contemplada en el artículo 43 del RIOF de hacer "un monitoreo constante del mercado para determinar cuándo el mercado entra en competencia o deja de estarlo". Sin embargo, el acto final sobre el análisis técnico del mercado relevante del "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" será emitido por el Consejo de la SUTEL, una vez que se valoren las posiciones sobre tal propuesta interpuestas durante el proceso de consulta pública.

En suma, cuando habiéndose analizado técnicamente un mercado de telecomunicaciones se determine que este se encuentre en competencia efectiva, es un deber de la SUTEL eliminarlo como mercado relevante y consecuentemente, prescindir de toda la regulación ex-ante específica que pudiera tener al momento de ese análisis (entre ellas, la regulación tarifaria); siendo imposible la inobservancia de esa obligación en aplicación del Principio de Legalidad que rige el accionar de esta Superintendencia.

Por lo cual resulta claro que se dio cumplimiento a todo lo exigido por la Ley en relación con el análisis del mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

4.8.4. Análisis técnico

Estructura de mercado

4.8.4.1. Participantes del mercado

Es importante señalar que la metodología para el análisis del grado de competencia efectiva en los mercados

⁵⁰ Conforme al artículo 50 de la Ley 8642.

⁵¹ Con base en lo dispuesto en el artículo 73 inciso j) de la Ley 7593.

de telecomunicaciones, establecida en la resolución RCS-082-2015, define una serie de parámetros que deben ser analizados de manera integral para poder concluir si existen las condiciones de competencia efectiva en un mercado específico. Lo anterior implica que no necesariamente tienen que cumplirse la totalidad de esos parámetros para determinar que existe o no condiciones de competencia efectiva en un mercado. Lo anterior es avalado tanto por el regulador inglés OFCOM⁵² (antes OFTEL), así como por la OECD⁵³ en las guías planteadas para el estudio y análisis de competencia en los mercados de telecomunicaciones.

La afirmación anterior tiene su fundamento en la misma resolución RCS-082-2015, en el "Por tanto" quinto en donde expresamente se estableció que: "el análisis del grado de competencia en los mercados de telecomunicaciones se basará en el análisis conjunto de los anteriores indicadores, de tal manera que la aplicación de un indicador particular visto de manera aislada no se consideraría suficiente para alcanzar un resultado particular, sino que el estudio propuesto se caracterizaría por la integralidad en el análisis del conjunto de indicadores, de tal manera que la no estimación de un determinado parámetro no desvirtúa en modo alguno el estudio que llegare a realizarse, en el entendido que lo importante es el análisis integral del mercado y no la estimación particular de uno u otro indicador".

Lo anterior es consistente con lo indicado por la Comisión Europea⁵⁴ quien establece que:

"Por consiguiente, las ANR deben acometer un análisis global y pormenorizado de las características económicas del mercado pertinente antes de sacar conclusiones en cuanto a la existencia de peso significativo en el mercado.

...

La posición dominante puede derivar de una combinación de estos criterios, aunque considerados uno por uno no resulten necesariamente determinantes" (lo destacado es intencional).

Teniendo como referencia lo anterior, aunado a que tal y como sucede en casi la totalidad de mercados de telecomunicaciones en el mundo, estos se caracterizan por la confluencia de pocos operadores, lo que de ninguna forma deriva en que no existan condiciones de competencia, o que dicha situación necesariamente resulte en que el mercado deba ser regulado tarifariamente.

Igual de importante es señalar que la cantidad de operadores posee una relación proporcional al tamaño del mercado, en consecuencia, a pesar que el mercado costarricense es pequeño, posee un número adecuado de operadores, siendo que dicha cantidad es comparable con países con un mayor volumen de mercado. Este aspecto, a todas luces es muy positivo al asegurar un mayor nivel de competencia.

En relación con el argumento de que se requiere regulación para evitar posibles prácticas monopolísticas, es necesario indicar que una eventual declaratoria de competencia no implica una desregulación completa del mercado, así el mercado seguirá siendo regulado pero de una forma diferente que brindará mayor eficiencia, siendo que tomarían mayor relevancia las regulaciones de tipo fiscalizador del comportamiento del mercado, como por ejemplo el seguimiento al comportamiento de los precios minoristas y mayoristas, así como la vigilancia en la obligación de la contabilidad regulatoria.

Otro instrumento con que cuenta la SUTEL es la contabilidad regulatoria, la cual se considera medular, puesto que será el instrumento mediante el cual el regulador puede fiscalizar los costos y precios asociados a la prestación de los servicios. Por consiguiente, el Regulador tiene desde ya una serie de instrumentos que le permiten seguir vigilando y regulando el comportamiento de los operadores. Y en particular en relación con la prevención y sanción de prácticas monopolísticas cuenta la SUTEL con todo el Régimen Sectorial de

⁵² Ofel (2002). "Market review guidelines: criteria for the assessment of significant market power". Office of Telecommunications. Director General of Telecommunications.

⁵³ OCDE (2003). Indicators for the Assessment of Telecommunications Competition. Directorate for Science, Technology and Industry Committee for Information, Computer and Communications Policy.

⁵⁴ Comisión Europea (2002). Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Publicada en el Diario Oficial n° C. 165 de 11/07/2002.

Competencia, cuya aplicación no es afectada por una declaratoria de competencia. A la fecha la SUTEL ya cuenta con los instrumentos necesarios para atender denuncias por prácticas monopolísticas, estos instrumentos están contenidos el Capítulo II del Título III de la Ley 8642 y en el Reglamento del Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones, que fue publicado en el Alcance 40, de la Gaceta 201 del 17 de octubre de 2008, asimismo SUTEL cuenta con una "Guía de análisis de conductas anticompetitivas" que se encuentra publicada en el sitio Web de la SUTEL⁵⁵, así como con todos los procedimientos internos para la aplicación de los procedimientos asociados al Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones⁵⁶

Por lo anterior, considera esta Superintendencia que la cantidad actual de operadores para un mercado relativamente pequeño como el costarricense es suficiente para que se mantengan las condiciones de competencia efectiva. En ese sentido no lleva razón la Defensoría en que se deba seguir regulado tarifariamente, en razón del tipo de estructura de mercado que presenta.

4.8.4.2. Participación de mercado

Se debe señalar que la resolución RCS-082-2015 que aprobó la metodología para el análisis del grado de competencia en los mercados de telecomunicaciones, para este parámetro definió dos criterios, a saber: i) homogeneidad en las cuotas de mercado y ii) tendencia decreciente de la cuota de mercado del operador más grande, ambos con igual importancia, siendo este segundo criterio claramente cumplido, puesto que el ICE ha mostrado una caída de su participación en 47 puntos porcentuales para el periodo analizado, ello es visible en el gráfico 3 del folio 151.

Por lo anterior, si bien la Defensoría en su escrito indica que de acuerdo a la resolución RCS-082-2015 no se cumple el criterio de homogeneidad de cuotas, y minimiza el criterio del comportamiento de la cuota del mercado, lo cierto es que el informe si analiza ambos criterios y se evidencia el cumplimiento total del criterio de disminución de la cuota de mercado del operador más grande, mientras que con el otro se cumple parcialmente, puesto que si bien existe diferencias entre el ICE respecto a Claro y Movistar, estas no se presentan entre los dos últimos, pues ambos mantienen una cuota de mercado homogénea.

No se omite indicar que la cita indicada por la Defensoría en relación con un criterio de la Comisión Europea⁵⁷ al encontrarse incompleta carece de total validez, toda vez que la conclusión omitida de dicha cita justamente cambia el significado de la misma:

"Según jurisprudencia reiterada, las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas -superiores al 50% -atestiguan por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, la existencia de una posición dominante. Puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene PSM, y por tanto ocupa una posición dominante, si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo" (lo destacado es intencional).

Para mayor claridad sobre el particular se puede considerar lo indicado por la Comisión Europea en el documento detallado de seguido en cuanto a que "la existencia de una posición dominante no puede determinarse exclusivamente sobre la base de una elevada cuota de mercado".

En virtud de lo cual, el argumento de la Defensoría de que la existencia de una alta cuota de mercado por parte del ICE es suficiente para declarar que el mercado carece de competencia no es pertinente ni se encuentra conforme con la mejor práctica en la materia.

Dadas las justificaciones técnicas anteriores, considera esta Superintendencia que el parámetro relativo a la participación de mercado, el cual evidencia una constante disminución en la cuota de mercado del antiguo operador monopólico, es una muestra de que sí existen condiciones de competencia efectiva en este mercado.

⁵⁵ Consultar el siguiente enlace: https://SUTEL.gg.cr/sites/default/files/2015_SUTEL_guia_analisis.pdf

⁵⁶ Los cuales fueron elaborados en el marco de la licitación abreviada 2014LA-000011-SUTEL.

⁵⁷ Comisión Europea (2002). Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Publicada en el Diario Oficial n° C 165 de 11/07/2002.

4.8.4.3. Concentración de mercado

Siguiendo la resolución RCS-082-2015 en el parámetro de concentración de mercado, claramente se establece que "si el HHI es superior a 3.000 se presume que el mercado está muy concentrado, y que por tanto se requieren análisis adicionales sobre la rivalidad de las empresas que operan en el mercado". Al respecto sobre este punto la Pontificia Universidad Católica de Chile asevera que "El grado de concentración en un mercado no tiene importancia en sí mismo. Sólo es importante si se establece que afecta la libre competencia (...) siendo dicha concentración más bien una característica indicativa del número de sus participantes y de la posición en el mercado que logra cada uno de ellos debido a su nivel de participación"⁵⁸.

En igual sentido, es claro que la evolución del nivel de concentración sí es un elemento relevante de ser analizado, como bien lo estableció la RCS-082-2015 "la existencia de tendencias robustas que indiquen que un mercado será significativamente más o menos competitivo sobre el período prospectivo incidirá sobre la determinación de la existencia o no de condiciones de competencia efectiva", en ese sentido es claro que la metodología de análisis establecida consideró que en general el análisis de la evolución de los diferentes parámetros analizados era un elemento relevante a ser considerado.

Sin perjuicio de lo anterior, y del nivel positivo que evidencia la disminución en la concentración del mercado, conviene insistir en el hecho de que este indicador no puede ser visto de forma aislada y requiere los análisis adicionales expresados en la resolución RCS-082-2015 tales como: temas relativos a precios y otros factores diferenciadores del producto (promociones y ofertas, empaquetamiento de servicios, imagen de marca, publicidad, entre otros), elementos asociados al establecimiento de obstáculos a la expansión de las operaciones de otros operadores o proveedores, la comisión de prácticas monopolísticas y el establecimiento de restricciones constituidas por prácticas comunes de los operadores y proveedores ya establecidos en el mercado relevante, el establecimiento de barreras artificiales de salida a los usuarios, lo que vendría a dificultar el traslado de los usuarios de un proveedor a otro. Siendo todos estos aspectos muy relevantes que vienen a contextualizar el resultado del índice de concentración en el análisis y que la Defensoría omite.

Como se indicó en el análisis del primer punto que analiza los participantes de mercado, la totalidad de parámetros se deben analizar de forma integral para llegar a conclusiones robustas, siendo que la Defensoría insiste en analizar los puntos de manera individual no siendo ello lo correcto.

Por todo lo anterior, considera esta Superintendencia que la Defensoría no lleva razón en concluir que debido al resultado del índice HHI no existen condiciones de competencia efectiva, puesto que un alto índice debe analizarse integralmente con los demás parámetros establecidos en la metodología. Dicho de otra forma, la Defensoría mediante un análisis aislado de este criterio pretende llegar a concluir sobre la falta de competencia efectiva en el mercado, siendo ello a todas luces una interpretación errónea, que no se ajusta a lo que debe ser un análisis como el puesto en consulta.

4.8.4.4. Comportamiento reciente de los participantes en el mercado

- Rivalidad del mercado a nivel de precios

La Defensoría indica que existe una contradicción entre las conclusiones del informe 05971-SUTEL-DGM-2017 y el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 en cuanto a la evolución de los precios en la modalidad postpago, aduciendo que un lapso de un año es muy poco tiempo.

En ese sentido la Defensoría minimiza la justificación dada en el informe sometido a consulta pública en donde claramente se explican las razones del por qué se concluye que existe una fuerte rivalidad a nivel de precio (folios 159 y 160), al respecto conviene destacar lo indicado en el informe puesto en consulta en relación con el particular:

"Los gráficos anteriores evidencian que los precios efectivos de los servicios de llamadas y datos sí han disminuido. Así por ejemplo, en el año 2016 el precio de las llamadas prepago era un 60% menos que

⁵⁸CONCENTRACIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL MERCADO DE GENERACIÓN ELÉCTRICA EN CHILE (2009). Pontificia Universidad Católica de Chile. Departamento de Ingeniería Eléctrica. Tomado de:
<http://hrudnick.sitios.ing.uc.cl/alumno09/concentra/concentracion/concentracion.htm>

el tope tarifario vigente, mientras que el precio de los datos era un 45% inferior al tope tarifario vigente.

Asimismo, se evidencia una caída del 19% en el precio efectivo promedio pagado por los usuarios por el consumo de datos móviles, entre los años 2014 y 2016. Mientras que el precio efectivo promedio de las llamadas disminuyó un 17%, entre los años 2010 y 2016.

La información anterior, relacionada con precios efectivos⁵⁹, complementa la información de precios nominales, que había sido incluida en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016, reflejando una evolución favorable del mercado móvil, en términos de menores precios ofrecidos al usuario final.

En ese sentido, la información recibida en el marco de la consulta pública del citado informe 6419-SUTEL-DGM-2016, permite a la SUTEL tener una visión más completa del mercado y analizar su conclusión anterior, en el sentido de que todos los usuarios del servicio de telecomunicaciones móviles, y no sólo los usuarios postpago, se han visto beneficiados de la apertura del sector mediante el ofrecimiento de menores precios”.

La Defensoría indica que la tendencia en la disminución de precios no se explica por factores competitivos; sobre dicho argumento difiere la SUTEL toda vez que al no haberse llevado a cabo ningún ajuste a la baja en el tope tarifario desde el año 2009 es claro que las disminuciones en precios sólo pueden ser explicadas por la presión competitiva adicional que han ejercido en el mercado los nuevos operadores.

Asimismo indica la Defensoría que se requieren análisis de más largo plazo para determinar la existencia de condiciones de competencia efectiva, dado que a su criterio la mejora en la dinámica competitiva del mercado es muy reciente. Debe tenerse claro que un proceso de revisión es un análisis que tiene un carácter prospectivo en el cual los elementos más recientes del mercado cobran mayor peso, como bien lo reconoce la Comisión Europea⁶⁰ “la evaluación competitiva debe basarse en un enfoque prospectivo, orientado al futuro”, siendo que “cuando se realiza un análisis del mercado prospectivo o con vistas al futuro, se requiere un enfoque dinámico más que estático”, en ese sentido la pretensión de la Defensoría de que SUTEL espere una determinada cantidad de años no indicada para verificar que las condiciones de mercado se mantengan de previo a declarar el mercado en competencia no resulta procedente de cara a la buena práctica en materia regulatoria de definición de mercados relevantes.

Al respecto es menester indicar que SUTEL lleva a cabo un análisis amplio de la forma en la que ha evolucionado el nivel de competencia del mercado y cómo dicha evolución ha permitido alcanzar una estructura más competitiva.

Así considera la SUTEL que en el informe puesto en consulta efectivamente se presentan datos reales y suficientes que validan que la dinámica actual del mercado es adecuada y cumplen con los criterios definidos en la metodología previamente establecida respecto a precios promedios diversos entre operadores, tendencias decrecientes en los precios, así como una amplia variedad y cantidad de promociones.

Analizados los criterios anteriores sobre rivalidad de mercado a nivel de precios considera SUTEL que en el informe puesto en consulta se incluyeron y desarrollaron dichos criterios en apego a la metodología, utilizando datos actualizados que muestran evidencia de la existencia de condiciones de competencia efectiva en el mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles, por lo tanto no lleva razón la Defensoría en sus apreciaciones.

- *Rivalidad del mercado en factores no relacionados con el precio*

Indica la Defensoría que la RCS-082-2015 no aborda el tema de enfoques competitivos diferenciados a nivel de calidad de redes, sino que se enfoca en el tema de la homogeneidad. Al respecto lo que la citada resolución indica se refiere a “Redes de acceso y cobertura de redes homogéneo”, no como lo indica la Defensoría a

⁵⁹ En el informe publicado en el año 2016 se había reconocido que en el caso del servicio prepago la existencia de promociones de tipo “Duplica” y “Triplica” hacen que el usuario pueda pagar de manera efectiva precios inferiores a los precios de lista.

⁶⁰ Comisión Europea (2002). *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*. Publicada en el Diario Oficial n° C 165 de 11/07/2002.

condiciones de calidad de redes.

Es claro que la existencia de redes bastante homogéneas en su cobertura, sin que esto signifique redes iguales, es un elemento necesario para que se alcance un nivel de competencia adecuado en un mercado, dado que si alguno de los competidores del mercado tiene una red con una cobertura muy inferior a la de sus competidores es más difícil para esta empresa competir fuertemente en el mercado.

La calidad de redes es un caso aparte, en telecomunicaciones como en casi cualquier otro bien o servicio los operadores pueden competir mediante la diferenciación por aspectos de calidad (respetando siempre el nivel de calidad mínima establecido a nivel reglamentario). Así las cosas el hecho de que los operadores compitan por diferenciarse en términos de calidad es un elemento positivo del nivel de competencia del mercado.

En el informe puesto en consulta se desarrolla el tema sobre enfoques competitivos diferenciados en el sentido que ello permite ver de manera global las estrategias innovadoras de los operadores en el mercado. Igualmente están desarrollados los puntos relacionados con el criterio de "redes de acceso y cobertura", ello es visible en los folios 177 al 181, en donde de manera gráfica se presentan los porcentajes de cobertura de las redes de los tres operadores tanto por tecnología como por año (gráfico 12), evidenciando que se ha ampliado la cobertura y el acceso en dicho período.

En lo que respecta al criterio de "redes de distribución homogénea, este fue mencionado en el último párrafo del folio 176, donde se indicó que "los operadores también compiten por otros elementos como la cobertura de red y redes de distribución y ventas", asimismo el informe también destaca que "hay operadores móviles costarricenses que tienen desplegados más de 100 puntos de venta y más de 1.000 puntos de recarga". Concluyéndose así que "en el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles Kólbi, Claro y Movistar cuentan con una red de distribución y venta muy desarrollada, por lo cual no se puede presumir que algún operador particular tenga una ventaja en este sentido".

Por lo anterior no son de recibo los argumentos de la Defensoría en relación con este tema.

- Denuncias por prácticas monopolísticas

En este aspecto la Defensoría expresa estar de acuerdo con el abordaje realizado por SUTEL.

4.8.4.5. Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumo

Indica la Defensoría que la SUTEL no incorporó en su análisis elementos como cantidad de solicitudes de intervención de acceso y otros asociados, es necesario aclarar que la metodología definida en la RCS-082-2015 es una metodología estándar que debe aplicar para los distintos tipos de mercados de telecomunicaciones, minoristas y mayoristas, fijos y móviles, residenciales y empresariales, en ese sentido no todos los parámetros aplican a todos los mercados, así los elementos mencionados por la Defensoría se refieren a parámetros cuyo análisis se requiere en relación con los mercados mayoristas, toda vez que se refiere a conductas desplegadas por los operadores en dichos tipos de mercados

Así, lo indicado por la Defensoría corresponde al análisis de un mercado mayorista asociado al mercado minorista de telecomunicaciones móviles, en particular al servicio mayorista de terminación en redes móviles individuales, siendo que los elementos señalados fueron valorados en la revisión de dicho mercado según consta en la RCS-264-2016, toda vez que las medidas regulatorias que podrían solventar problemas de competencia por temas de acceso e interconexión deben ser impuestas en relación con dicho mercado mayorista y no en el mercado minorista.

Así las cosas, lo indicado no se contempla en el análisis sometido a consulta pública por no corresponder al mercado analizado, sino más bien a un mercado vinculado a este, el servicio mayorista de terminación en redes móviles individuales. Por lo anterior, y al no tener relación directa con el mercado puesto en consulta, se considera que las observaciones de la Defensoría no son de recibo. Sin perjuicio de lo anterior, se reitera que el hecho de que no se considere algún parámetro no invalida el análisis realizado, toda vez que la conclusión sobre el nivel de competencia del mercado es integral.

Asimismo, lo analizado en esta sección incluye aquellos elementos que sí aplican en relación con el mercado

en cuestión, en particular el tema del margen de precios minoristas y cargos mayoristas, sobre el particular y en contrario a lo indicado por la Defensoría dada la condición actual a la fecha ya existe una resolución vigente, la RCS-244-2016, que ordenó la disminución del cargo de interconexión de voz, lo cual viene a resolver la situación que había sido identificada en 2016. Lo anterior, a consideración de esta Superintendencia, es suficiente para asegurar que se den los efectos esperados en cuanto a mayor dinámica competitiva en el mercado minorista de voz móvil.

Por todo lo desarrollado y justificado en este criterio, considera esta Superintendencia que sí se incluyeron los aspectos más importantes para determinar que los participantes del mercado sí pueden acceder en condiciones homogéneas a las fuentes de insumo. En ese sentido no lleva razón la Defensoría en su observación en cuanto a este punto.

4.8.4.6. Poder compensatorio de la demanda

En este criterio la Defensoría expresa estar de acuerdo con el abordaje realizado por SUTEL.

4.8.4.7. Costos de cambio de operador

En este criterio la Defensoría expresa estar de acuerdo con el abordaje realizado por SUTEL.

4.8.4.8. Rentabilidad

En este criterio la Defensoría expresa estar de acuerdo con el abordaje realizado por SUTEL.

Barreras de entrada al mercado

4.8.4.9. Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución

Tal y como se indica en la RCS-082-2015, los mercados de telecomunicaciones se caracterizan por ser intensivos en capital, mientras que el despliegue de las redes de telecomunicaciones a su vez se caracteriza por presentar altos costos hundidos, economías de escala y de alcance, por lo que con el estado actual de la tecnología se entiende que en general los mercados de telecomunicaciones se caracterizaran por tener altos costos financieros, sin que ello signifique en sí mismo que este tipo de mercados no pueden ser sujetos de competencia efectiva.

De igual manera para concluir que los costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución no constituían una barrera a la entrada, la SUTEL llevo a cabo un análisis de los indicadores necesarios según lo indicado en la RCS-082-2015. En particular del costo de capital y del acceso a las fuentes de financiamiento. Concluyó que actualmente las empresas que ofrecen el servicio de telecomunicaciones móviles en el país son empresas grandes, consolidadas a nivel nacional y en algunos casos también a nivel internacional, lo cual les permite competir de manera dinámica, sin que enfrenten una desventaja entre ellas producto del acceso a las fuentes de financiamiento, de tal forma que esta variable no se constituye en una barrera para la expansión de ninguno de los operadores actuales del mercado.

Sobre el argumento de que la existencia de este tipo de costos puede afectar el ingreso de nuevos agentes al mercado, es necesario tener en cuenta que por las características mismas del sector telecomunicaciones, la cantidad de empresas que ofrecen este tipo de servicios no suele ser muy extenso; al respecto se puede tener en cuenta lo indicado por Escribano y García (2001)⁶¹, quienes sostienen que:

“Sin embargo, en sectores como las telecomunicaciones donde hay altos costes fijos, hundidos, etc., el número de empresas que puede subsistir en un mercado en competencia no puede ser muy grande... en el sector de las telecomunicaciones existen importantes barreras de entrada, debido a los altos costes fijos en que hay que incurrir (despliegue de redes, obtención de licencias, etc.)... Por ello, el número de empresas que pueden sobrevivir en estos mercados es pequeño. Es probable que esto no cambie mientras se mantengan estas características tecnológicas. Otra razón que justifica que el número de

⁶¹ Escribano, A. & García, A. (2001). Evolución de la estructura de mercado de las Telecomunicaciones en España. Revista Infraestructuras y Medio Ambiente.

empresas sea pequeño en la telefonía móvil, es el hecho de que el espectro radioeléctrico es un recurso escaso".

En virtud de lo anterior, considera la SUTEL que dadas las características de los operadores actuales del mercado, no es de recibo el argumento de la Defensoría de que la existencia de altos costos asociados al despliegue de redes (elemento intrínseco al mismo servicio) es un elemento que implique que el mercado no puede ser declarado en competencia.

Por todo lo anterior, se considera que esta Superintendencia llevó a cabo el análisis de este punto considerando lo indicado en la RCS-082-2015 y con dicho análisis llegó a la conclusión sobre el mismo considerando los elementos técnicos necesarios. En ese sentido no lleva razón la Defensoría en su observación en cuanto a este punto.

4.8.4.10. Economías de Escala y de Alcance

La existencia de economías de escala y alcance es un elemento que suele caracterizar a cualquier industria de red, así al ser las telecomunicaciones una industria de red que se caracterizan por poseer este tipo de economías también. Esta es una característica estructural de este servicio y no obedece a un comportamiento particular de uno de los agentes del mercado.

Más bien, el aprovechamiento de las economías de escala y alcance permite poner a disposición de los consumidores productos y servicios nuevos a precios más bajos. Asimismo esta característica permite que los avances tecnológicos se abran paso en el mercado de forma rápida, en comparación con otras industrias, lo que acelera del ritmo de la innovación.⁶²

Asimismo, las economías de escala y de alcance, operan en beneficio tanto para los proveedores de servicios como para los consumidores. Para los proveedores, significa que la expansión de las empresas y los mercados produce una reducción de los costos medios; para los consumidores, implica que el valor de los productos y servicios digitales aumenta a medida que aumenta el número y diversidad de los consumidores.

En ese sentido lo relevante de analizar sobre el particular no es si dichas economías existen, sino si afectan la competencia del mercado. Así dadas las características de los tres operadores móviles de red que actualmente operan en el mercado se determina que la existencia de dichas economías no afecta el nivel de competencia del mercado.

Por lo anterior, no es de recibo el argumento de la Defensoría de que la existencia de economías de escala y alcance sea un elemento que implique que el mercado no puede ser declarado en competencia, toda vez que dichas economías no afectan la prestación competitiva del servicio por parte de los operadores.

Al respecto se puede considerar lo indicado por la OECD⁶³ que indica que deben tenerse en cuenta que los indicadores propuestos para el análisis de competencia en un mercado tienen un grado pertinencia en relación con las circunstancias del segmento de mercado que se está revisando. Por lo tanto, las conclusiones extraídas de estos indicadores implican la ponderación de estos indicadores, dependiendo del mercado bajo revisión.

Por todo lo anterior, se considera que a pesar de que existen economías de escala y alcance en este mercado, no lleva razón la Defensoría en su observación al pretender que el análisis aislado de este punto represente una conclusión sobre la falta de competencia efectiva en el mercado analizado.

4.8.4.11. Monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida

La Superintendencia en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 concluye que "pese a los altos costos asociados al despliegue, expansión y mejora de las redes móviles, este elemento no ha representado una barrera para la competencia de los actuales operadores del mercado, siendo que los tres han continuado haciendo las

⁶² GSMA (2016). Un nuevo marco regulatorio para el ecosistema digital. Nera Economic Consulting.

⁶³ OECD (2003). Indicators for the Assessment of Telecommunications Competition. Organization for Economic Co-operation and Development. Directorate for Science, Technology and Industry Committee for Information, Computer and Communications Policy.

inversiones necesarias para el mejoramiento de sus redes".

En la observación presentada por la Defensoría únicamente se hace referencia a ciertas afirmaciones separando el análisis integral que hace la Superintendencia de todas las condiciones existentes referentes al monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión.

Las conclusiones sobre el análisis de las condiciones de un criterio en particular deben realizarse también de manera conjunta y no omitir argumentos que puedan cambiar dicha conclusión tal y como lo expone la Defensoría.

De igual manera, como se indicó en la observación sobre las economías de alcance y escala, la afirmación de la Defensoría en cuanto a que la valoración de las barreras de entrada se debe hacer en función de la facilidad de ingreso de nuevos operadores y proveedores al mercado debe ser sopesada de cara al hecho de que conociéndose el resultado de la más reciente licitación de espectro llevada a cabo en 2017 resulta notorio y evidente que nuevos operadores móviles no ingresarán al mercado en el corto plazo, por lo cual el análisis que se lleve a cabo evidentemente debe estar enfocado en la afectación del nivel de competencia entre los operadores actuales toda vez que en el corto plazo ningún nuevo competidor ingresará al mercado, de tal manera que centrar el análisis de barreras en el ingreso de un nuevo operador, que se conoce no va a hacer ingreso, carece de sentido. En 2016 se presentaba una situación diferente porque se estaba a las puertas de una licitación de espectro que podía hacer que ingresara un nuevo operador móvil al mercado, sin embargo, al resultar conocido el resultado de dicha licitación resulta innecesario enfocar el análisis en el ingreso de otro operador móvil.

Por todo lo anterior, se considera no lleva razón la Defensoría en su observación al pretender que el análisis aislado de este punto represente una conclusión sobre la falta de competencia efectiva en el mercado analizado.

4.8.4.12. Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos

Tal y como se indicó en el punto anterior, en el informe del 2016 se estaba a la expectativa de la realización de la subasta de espectro, la cual era una subasta abierta que tenía la posibilidad de ingresar a participar un nuevo operador. Esta situación varió en 2017, ya que al realizarse el concurso, a pesar de ser abierto, únicamente participaron Claro y Telefónica. Esta restricción no fue impuesta por los operadores participantes, sino que simplemente no participó ningún nuevo operador.

Dado lo anterior, el análisis realizado por la Superintendencia en el informe en consulta, se centra en como la reciente licitación de bandas de espectro incide en la competencia del mercado, para ello se menciona la importancia de que ahora la cantidad de espectro entre los operadores es más equitativa, lo cual brinda una ventaja competitiva a Claro y Movistar, en el sentido que la barrera que tenían anteriormente para poder competir en cuanto a cobertura y calidad, ya no está vigente. En consecuencia, a raíz de esa nueva concesión de espectro, estos operadores poseen mayores herramientas para diferenciarse y poder dotar al mercado de un mayor nivel de competencia.

Asimismo, tal y como se abordó en el informe en consulta, el cambio a la televisión digital permitirá a largo plazo contar con una mayor cantidad de espectro disponible, mismo que permitiría el acceso a futuro de posibles operadores móviles.

Finalmente no se puede dejar de lado que a pesar de que el espectro supone una barrera de entrada al mercado, actualmente existe libre entrada para los operadores virtuales, lo cual representa un factor importante que viene a disminuir este tipo de barrera de entrada.

Por todo lo anterior, se considera que no lleva razón la Defensoría en su observación al pretender que el análisis aislado de este punto represente una conclusión sobre la falta de competencia efectiva en el mercado analizado.

4.8.4.13. Inversión en publicidad

Tal y como se ha indicado anteriormente, debido a que la situación del mercado varió entre un informe y otro,

la valoración realizada en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 obedece a la competencia de los operadores actuales, ya que se sabe que al corto plazo no va a ingresar ningún nuevo operador. Por lo tanto, la valoración debe realizarse para los que ya están en el mercado y determinarse así, considerando esta condición, como afecta cada parámetro a la competencia.

Considerando lo anterior, es que la SUTEL concluye en el informe puesto en consulta que pese al costo que representa la publicidad, los tres operadores móviles de red mantienen presencia en medios de comunicación, redes sociales y patrocinios, lo cual muestra una rivalidad competitiva importante en relación con este rubro, y por lo tanto se puede concluir que este elemento no ha representado una barrera para la competencia de los actuales operadores del mercado.

Por todo lo anterior, se considera que esta Superintendencia realizó el análisis de este parámetro considerando la situación actual del mercado. En ese sentido no lleva razón la Defensoría en su observación en cuanto a este punto.

4.8.4.14. Limitaciones a la competencia en los mercados internacionales

Según lo argumentado por la Defensoría respecto a que en el análisis del parámetro sobre Limitaciones a la competencia en los mercados internacionales no se cumple con lo establecido en la RCS-082-2015, se le indica que todos los indicadores fueron valorados por la SUTEL mediante las encuestas realizadas a los operadores móviles a través del oficio 7366-SUTEL-DGM-2015⁶⁴ y por lo tanto la conclusión plasmada en el informe puesto en consulta resulta del análisis de los resultados de dicha encuesta, la cual permite concluir que no hay limitaciones a la competencia en los mercados internacionales.

Por todo lo anterior, se considera que esta Superintendencia llevó a cabo en el proceso de elaboración del informe puesto en consulta el análisis sobre las limitaciones a la competencia en los mercados internacionales considerando todos los indicadores establecidos en el RCS-082-2015 mediante la encuesta realizada a los operadores. En ese sentido no lleva razón la Defensoría en su observación en cuanto a este punto.

4.8.4.15. Actos de autoridades estatales o municipales que discriminen entre operadores o proveedores

La Superintendencia reconoce en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 dicha situación, sin embargo, la misma no se deriva del comportamiento de los operadores, sino más bien es generada por un tercero, por lo tanto en el análisis de este parámetro no es razonable considerar que una situación generada por las municipalidades lleve a concluir que se debería mantenerse la regulación en este mercado.

Por todo lo anterior, se considera que esta Superintendencia realizó en el informe puesto en consulta el análisis de este parámetro considerando la situación actual del mercado. En ese sentido no lleva razón la Defensoría en su observación en cuanto a este punto.

Beneficios obtenidos por los usuarios

4.8.4.16. Acceso a los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones

Respecto al acceso de los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones, la Defensoría indica que es criterio de SUTEL, respecto a la oferta de información comercial, que la misma no es amigable pues impide la comparación de ofertas para la toma de decisiones de consumo inteligentes.

A respecto se le indica que en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017, SUTEL no realiza dicha afirmación y más bien concluye lo siguiente: "se concluye que actualmente los usuarios tienen a su disposición la información de la oferta disponible de servicios mientras que el lanzamiento del nuevo sistema comparador de precios vendría a resolver en gran parte las dificultades que presentan los usuarios finales para comparar la información disponible de planes y ofertas comerciales de los operadores., con lo cual el usuario contaría con la información que requiere para poder tomar una decisión de compra informada."

⁶⁴ Preguntas 1.37, 2.9, 2.10, 3.11, 3.12.

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

De igual manera es importante extraer del análisis de este punto realizado por SUTEL que la información necesaria para que los usuarios puedan tomar una decisión de compra ya existe en el mercado. Tal y como se indica en el informe, la siguiente información se encuentra disponible para que los usuarios puedan tomar una decisión de compra:

- Los operadores ponen a disposición de los usuarios distintos medios para obtener información relacionada con su oferta comercial, entre ellos⁶⁵: sitio Web, redes sociales, chat, e-mail, líneas telefónicas, sucursales y puntos de venta⁶⁶.
- La SUTEL tiene disponible una serie de información útil para que los usuarios tomen una decisión informada como: información de cobertura de las redes móviles⁶⁷, información sobre encuestas de percepción de calidad del servicio⁶⁸, información de calidad de las redes⁶⁹, que es fácilmente accesible para los usuarios finales.
- En las páginas Web de los operadores se incluyen los reglamentos sobre las promociones y descuentos ofrecidos para poder ser consultados por los usuarios⁷⁰.

Por lo tanto, la información ya está disponible pero el sistema comparativo de precios es una herramienta adicional para mejorar la toma de decisiones y ayudarle así al usuario.

Por todo lo anterior, se considera que la Superintendencia concluye sobre este punto considerando lo establecido en la RCS-082-2015. En ese sentido no lleva razón la Defensoría en su observación en cuanto a este punto.

4.8.4.17. Accesibilidad de los precios

Respecto a accesibilidad de los precios y la falta de análisis sobre las tendencias de precios, canasta de precios y comparación internacional, que según la Defensoría no se realiza en este apartado, se aclara que los análisis de estos indicadores se llevan a cabo ampliamente en los siguientes apartados del informe 5971-SUTEL-DGM-2017:

- 2. Tendencias del mercado, b) Evolución probable de ofertas comerciales

En este apartado se concluye lo siguiente:

- ✓ *Oferta comercial se adapta a la demanda de los usuarios, la cual se dirige hacia un mayor consumo de datos y un menor consumo de servicios más tradicionales como la voz.*
- ✓ *El mayor consumo de datos también potencia servicios de valor agregado como una forma de distinguirse de la competencia.*
- ✓ *Se espera que los operadores trasladen su oferta hacia planes en los cuales el acceso a internet se vuelva el elemento más relevante, ofreciendo mayores velocidades que logren satisfacer la mayor demanda de datos.*
- ✓ *La tendencia esperada a nivel mundial es consistente con la tendencia en Costa Rica, de tal manera que las proyecciones internacionales muestran un incremento significativo en las velocidades promedio de las conexiones de datos móviles.*

⁶⁵ Los operadores publican la información de sus ofertas de servicios y paquetes en sus páginas Web, mientras que en el caso de las promociones estas son publicadas en sus páginas de Facebook y en medios escritos.

⁶⁶ Encuesta a los operadores móviles realizada por SUTEL por medio de oficio 8514-SUTEL-DGM-2016.

⁶⁷ Disponible en el sitio Web: <http://mapas.SUTEL.go.cr/>

⁶⁸ Disponible en el sitio Web: <https://SUTEL.go.cr/noticias/comunicados-de-prensa/resultados-encuesta-de-percepcion-y-grado-de-satisfaccion-de-la>

⁶⁹ Disponible en el sitio Web <https://SUTEL.go.cr/noticias/comunicados-de-prensa/SUTEL-evalua-desempeno-de-redes-moviles-2g-3g-y-4g>

⁷⁰ Estos reglamentos son notificados también a SUTEL de acuerdo a lo que establece el Reglamento del Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones y la Circular-01-2012 Mediante la cual se solicita información referente a las ofertas comerciales a todos los operadores y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones.

- 4. Comportamiento reciente de los participantes del mercado, a) Rivalidad del mercado a nivel de precio

En este apartado se concluye lo siguiente:

- ✓ Mediante análisis de canastas de precio se muestra a través de gráficos evidencia que entre 2011 y 2015 los precios de los planes con un consumo inferior a las 300 llamadas por mes (569 minutos) disminuyeron. Particularmente relevante es la disminución en el precio de la canasta de menor consumo considerada.
- ✓ Se evidencia que los precios efectivos de los servicios de llamadas y datos sí han disminuido. Así por ejemplo, en el año 2016 el precio de las llamadas prepago era un 60% menos que el tope tarifario vigente, mientras que el precio de los datos era un 45% inferior al tope tarifario vigente.
- ✓ Se evidencia una caída del 19% en el precio efectivo promedio pagado por los usuarios por el consumo de datos móviles, entre los años 2014 y 2016. Mientras que el precio efectivo promedio de las llamadas disminuyó un 17%, entre los años 2010 y 2016.
- ✓ El hecho de que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones móviles se han visto beneficiados de mejores precios producto de la dinámica competitiva del mercado es respaldado por diversos estudios internacionales donde se identifica a Costa Rica positivamente.

Por su parte, lo concluido por la Defensoría en este punto hace referencia a la resolución RCS-265-2015, sobre la cual se indica que no está en Consulta Pública y por lo tanto únicamente debería referirse al Informe 5971-SUTEL-DGM-2017.

Por todo lo anterior, considera que la Superintendencia concluye en su informe puesto en consulta considerando lo establecido en la RCS-082-2015. En ese sentido no lleva razón la Defensoría en su observación en cuanto a este punto.

4.8.4.18. Oferta disponible de servicios

Respecto a la oferta disponible de servicios, la Defensoría está de acuerdo con lo concluido por SUTEL en este parámetro.

4.8.4.19. Satisfacción de los clientes con los servicios

En este punto la Defensoría realiza un análisis por separado de algunos indicadores analizados en el parámetro "satisfacción de los clientes con los servicios". En el informe sujeto a Consulta Pública se realiza una valoración conjunta de todos los indicadores y se concluye que existe una necesidad de que la SUTEL impulse el conocimiento de este tipo de información, ya que este conocimiento le permitirá a los usuarios tomar decisiones de consumo informadas.

Así las cosas, pese a que actualmente los usuarios tengan un adecuado nivel de satisfacción con servicios eso no resta que la SUTEL considere pertinente ampliar la información disponible para los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones móviles, razón por la cual resulta relevante y beneficioso para los usuarios que el regulador amplíe la información con que estos cuentan.

Por todo lo anterior, no lleva razón la Defensoría en su observación al pretender que el análisis aislado de este punto represente una conclusión sobre la falta de competencia efectiva en el mercado analizado.

Análisis prospectivo del mercado

4.8.4.20. Cambios tecnológicos previsibles

La Defensoría considera que, al no existir cambios tecnológicos previsibles en el corto plazo, es indicativo que en este criterio no se cumple con la metodología establecida en la resolución RCS-082-2015 y por ende este no proporciona indicios de competencia efectiva.

A lo anterior, considera esta Superintendencia, que la interpretación realizada por la Defensoría es errónea puesto que en el informe se indica expresamente:

SESIÓN ORDINARIA 067-2017
18 de setiembre del 2017

"El elemento más importante que se espera en el corto plazo es la evolución tecnológica de los servicios móviles hacia la tecnología 4G⁷¹, la cual permite ofrecer conexiones de internet más veloces.

En Costa Rica el servicio 4G fue lanzado en el año 2013 y el ICE fue el primer operador en ofrecerlo. Actualmente también los operadores Claro y Movistar ofrecen este servicio. La cobertura de este servicio alcanzó un 46% del total de distritos del país en 2016".

Se debe tener presente que la tecnología 4G representó un cambio tecnológico reciente en la mayor parte de países del mundo, iniciando en el año 2004 por el organismo 3GPP (Proyecto de Asociación de Tercera Generación) y tuvo sus despliegues iniciales en el año 2009⁷². En Costa Rica inició su implementación en el año 2013, siendo el ICE el primer operador, no obstante, la cobertura de esta red para 2016 representó el 46%, por lo que todavía existe un amplio margen de diferencia para su implementación total.

Por otra parte, este criterio se fundamentó en el informe puesto en consulta con otros aspectos estadísticos sobre las tendencias en cuanto a las proyecciones del posible comportamiento de la tecnología 4G a nivel internacional y nacional. Lo anterior es importante, puesto que dicha tecnología actualmente se encuentra en proceso de crecimiento en el mercado costarricense, representando así el más reciente cambio tecnológico, es decir es el cambio previsible en el corto plazo, siendo este punto desarrollado ampliamente en el informe.

En cuanto a la tecnología 5G, esta fue abordada como un cambio a más largo plazo, siendo este dato considerado en el estudio. Por lo anterior, considera SUTEL que si se justificó y aplicó adecuadamente el criterio establecido en la resolución RCS-082-2015, ello en cuanto a que el cambio tecnológico previsible es la implementación al 100% de la red 4G. La importancia de esta red en la competencia del mercado, radica en que es la red más eficiente en términos de velocidad y costos, por lo que vendría a potenciar a los operadores que la implementen totalmente al brindar así un mejor servicio a sus usuarios finales.

En virtud de los argumentos dados, se observa que efectivamente el abordaje dado a este criterio en el informe puesto en consulta es amplio, robusto y cumple con la metodología establecida, en ese sentido no lleva razón la Defensoría.

4.8.4.21. Tendencias del mercado

Este criterio está compuesto de cinco variables que se deben analizar de manera conjunta para poder llegar a un resultado concluyente. Cabe señalar que algunas de estas variables, al no presentar un cambio o evolución, resultan ser datos informativos sobre el estado actual del mercado en el aspecto que evalúa.

- Anuncios del ingreso o salida de operadores del mercado y de fusiones y adquisiciones. Esta variable al no presentar ningún tipo de cambio, simplemente resulta ser un dato del estado actual del mercado, mas no un indicio de que no exista competencia por el hecho que se mantenga invariable, siendo esa la interpretación desacertada que realiza la Defensoría.*
- Evolución probable de las ofertas comerciales. Aduce la Defensoría que no se brinda la información para valorar este parámetro de acuerdo a la metodología. No obstante, al analizar lo establecido en la metodología para este punto tenemos que se debe analizar: "Información sobre las tendencias comerciales y de consumo puede evidenciar si un cambio significativo de mercado está en proceso e impactará la competencia en el corto o mediano plazo". Contrastando lo anterior con el contenido de los folios 210, 211 y 212 del informe 05971-SUTEL-DGM-2017, en donde con datos robustos se muestra tanto la tendencia como la información histórica del consumo de datos, tanto de Costa Rica como a nivel Latinoamericano, y con base en ello se realiza un análisis de la evolución probable de la oferta comercial en este servicio. Lo anterior es evidencia que efectivamente el informe puesto en*

⁷¹ La tecnología 4G está basada completamente en el protocolo IP, se caracteriza por su capacidad para proveer mayores velocidades de acceso.

⁷² La telefonía móvil de 4 generación y Long Term Evolution. Revista de Ciencia y Tecnología INGENIUS. Inga Ortega Esteban. Tomado de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MXddIDeN7PoJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5972775.pdf+&cd=4&hl=es&ct=clink>

consulta aplica y desarrolla adecuadamente esta variable, en apego a la metodología establecida.

- *Tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores. Si bien la Defensoría considera que en este punto la información brindada no es suficiente para el análisis, no brinda cuál criterio o qué tipo de datos deberían incluirse, siendo ello una simple apreciación. Por su parte, en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, mediante información estadística del comportamiento de los usuarios y con las proyecciones de expertos en la materia en este campo (la empresa CISCO), se fundamenta y concluye sobre el comportamiento probable de los usuarios (folios 213 y 214). Por lo anterior, considera SUTEL que el informe puesto en consulta en relación con esta variable también se cumple con la metodología.*
- *Tendencias históricas de los indicadores relevantes. De igual forma que los puntos anteriores, el informe cumple con las pautas fijadas en la metodología y desarrolla el sustento de esta variable con datos robustos sobre el comportamiento de la cuota de mercado de los operadores para el periodo 2010-2016, en donde evidencia la disminución del operador histórico y el crecimiento de los entrantes; también se analiza la caída en el índice de concentración del mercado (folios 215 y 216). Consecuente a lo desarrollado en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, considera esta Superintendencia que la Defensoría omite esta información en su oposición, siendo esta el sustento para concluir en el informe puesto en consulta que este indicador provee indicios de que existen condiciones de competencia en el mercado.*
- *Asignación de concesiones adicionales de espectro. Si bien la Defensoría en su escrito indica parcialmente los aspectos a valorar en este indicador, lo cierto es que la resolución en donde se establece la metodología (RCS-082-2015) indica lo siguiente: "El ofrecimiento de nuevas concesiones de espectro puede llevar a los operadores establecidos a contar con un mayor recurso esencial indispensable para el despliegue y ampliación de sus redes y servicios. Caso contrario, la falta de disponibilidad de espectro puede llevar a que se consoliden eventuales situaciones de poder de mercado". De lo anterior, es evidente que en informe 05971-SUTEL-DGM-2017, específicamente en los folios 216 y 217 se desarrollan específicamente los efectos probables de la reciente adjudicación de espectro a los operadores Claro y Telefónica (siendo estos los operadores establecidos), en la dinámica competitiva del mercado, aspecto que forma parte de los criterios metodológicos establecidos, tal y como se mostró en el párrafo anterior.*
- *Acciones regulatorias. En este criterio la Defensoría expresa estar de acuerdo con el abordaje realizado por SUTEL.*

Este criterio debe ser interpretado a la luz de las cinco variables que lo conforman, partiendo de ello y de lo contemplado en la metodología, considera SUTEL que todas las variables fueron desarrolladas en el informe puesto en consulta con datos robustos, los cuáles dan evidencia que dichas variables, no solamente fueron incluidas y aplicadas correctamente en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, sino que también muestran indicios de que las condiciones de competencia en el mercado son una realidad. En consecuencia, no lleva razón la Defensoría.

4.8.4.22. Sobre la existencia de dominancia conjunta

Sobre lo argumentado en este punto, considera SUTEL que la Defensoría desconoce el hecho de que el informe 5971-SUTEL-DGM-2017, corresponde a una ampliación del proceso de análisis de mercado minorista de telecomunicaciones móviles llevado a cabo en el año 2016, ello en razón de lo dispuesto en el "Por Tanto" 19 de la resolución RCS-265-2016. Dado que en el marco de la consulta pública del proceso se obtuvo información muy valiosa que viene a dar un valor agregado importante al análisis, tal como los precios reales o efectivos del servicio móvil.

También, se observa que la Defensoría minimiza el hecho que la concentración de mercado ha disminuido de acuerdo al HHI registrado para 2016 que fue de 3.891, lo que significa una caída de casi el 3% en un año, mientras que la reducción en la cuota de mercado del operador histórico representa una caída del 5%. A ello debe agregarse que las proyecciones realizadas por SUTEL en el informe puesto en consulta en cuanto a la concentración de mercado (visibles en el folio 216) indican que el ICE seguirá perdiendo participación de mercado, lo que deriva en que el índice de concentración también tendería a la baja (3.594 puntos para 2018).

Lo anterior permite concluir que la dinámica competitiva presentada permite proyectar que las condiciones no solo se mantendrán, sino que se incrementarán en el tiempo.

En cuanto a la madurez de mercado, si bien se reconoce que es un mercado maduro, esta característica debe ser contrastada con los dos criterios determinados en la metodología, siendo que uno de ellos indica que entre más similares y estables sean las cuotas de mercado es más probable que se presente una situación de dominancia conjunta. Dado lo anterior, se observa que las cuotas de mercado son muy diferentes entre el operador histórico y los operadores recientes, ello es indicativo de que el criterio de dominancia conjunta no se cumple en este punto, particularmente porque los nuevos entrantes, sean CLARO y MOVISTAR, poseen un gran incentivo para seguir creciendo en el mercado.

Asimismo, el hecho de la existencia de los servicios OTT obliga a que la presión competitiva sea mucho mayor, en este sentido la el consultor especializado en materia de telecomunicaciones NERA⁷³ considera que la presión que ejercen los servicios OTT sobre los operadores de telecomunicaciones tradicionales en todo el mundo es una presión competitiva sin precedentes. Dado lo anterior, lo que han buscado los operadores de telecomunicaciones son alianzas estratégicas con los proveedores de contenido (OTT) para diferenciarse y así atraer más clientes, ejemplo de ello es el reciente anuncio de KÖLBI quien negoció un punto de interconexión (IXP) con Netflix, permitiendo así a sus clientes de internet fijo y móvil ingresar más rápido y tener una mejor experiencia de uso en cuanto al contenido de Netflix⁷⁴.

Todos los hechos y factores anteriores evidencian que, al ser un mercado de tanta innovación tecnológica, la rivalidad de mercado no solo se mantiene, sino que acrecienta la competencia del mercado.

Considera esta Superintendencia que, con base en la información de la oferta comercial de los operadores en ambas modalidades de pago, existe una vasta diferenciación, así como nichos de mercados específicos que permiten concluir que los productos no son homogéneos. Aunado a ello los operadores continuamente están innovando en su oferta comercial con el único objetivo de diferenciarse de sus competidores, redundado ello en más y mejores beneficios para los usuarios del servicio.

En lo que respecta al tema de precios, la evidencia consignada en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 es contundente en cuanto a la baja que estos han presentado desde el 2010 hasta la fecha, presentado disminuciones en voz de más del 37% y en datos del 45%, estas disminuciones realmente son considerables, además son indicativo de los beneficios que perciben los usuarios producto de la dinámica del mercado.

En adición a lo expuesto, es que nuestro país es reconocido a nivel mundial como uno de los más asequibles en cuanto a los precios de los servicios de telecomunicaciones, ello es demostrado en el informe a través de los estudios realizados por organismos internacionales como la OCDE, UIT, Foro Económico Mundial, así como en noticieros de prestigio como la BBC.

Finalmente, se reitera a la Defensoría el "Por Tanto" quinto de la resolución que aprobó la metodología (RCS-082-2015) en lo relativo a que el grado de competencia en los mercados es producto del análisis conjunto de todos los indicadores siendo lo verdaderamente importante el análisis integral de todos los criterios establecidos. Asimismo, la no aplicación o el resultado negativo de algún indicador particular no es suficiente para definir el resultado final, siendo que ello no desvirtúa en modo alguno los resultados obtenidos.

Por todo lo expuesto anteriormente y lo analizado en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 en cuanto a los criterios para definir la existencia de dominancia conjunta, SUTEL reafirma que no hay indicios de que exista dominancia conjunta en el mercado minorista de comunicaciones móviles, en este sentido lleva razón la Defensoría

4.8.4.23. Sobre la presunta nulidad del proceso

Por su parte, la Defensoría de los Habitantes en razón de las observaciones que realiza al informe 5971-SUTEL-DGM-2017 sobre la Estructura del Mercado, las Barreras de entrada al mercado, los Beneficios

⁷³ Fuente: NERA y GSMA (2016). "A new regulatory framework for the digital ecosystem". NERA digital paper. Consultado el 11 de setiembre de 2017: <https://www.gsma.com/publicpolicy/new-regulatory-framework>

⁷⁴ Fuente consultada el 12 de setiembre: <https://www.larepublica.net/noticia/netflix-sera-mas-rapido-para-clientes-del-ice>