

8481-SUTEL-SCS-2017

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el artículo 35 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, me permito comunicarle(s) que en sesión ordinaria N° 073-2017, celebrada el 13 de octubre del 2017, mediante acuerdo 009-073-2017, de las 10:30 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-259-2017

“SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN Y NULIDAD CONCOMITANTE INTERPUESTO POR LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA, CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES, NÚMERO RCS-248-2017, DENOMINADA

“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 mediante informe 05971-SUTEL-DGM-2017 del 21 de julio del 2017, la Dirección General de Mercados emitió 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. 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: *“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 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”*.
3. Que por medio de La Gaceta No. 154 del 16 de agosto del 2017, la SUTEL 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.
4. Que a través del oficio número 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, solicitó al Consejo de la SUTEL ampliar el plazo de la consulta pública indicada en al menos 15 días adicionales al plazo establecido.

8481-SUTEL-SCS-2017

5. Que en fecha 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: *"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".*
6. Que en fecha 1 de setiembre del 2017, un equipo técnico compuesto por funcionarios de la SUTEL, se reunió con representantes de la Defensoría de los Habitantes para analizar temas relativos al proceso de consulta pública del mercado de telecomunicaciones móviles, acordándose por los presentes, lo siguiente:
 - a. 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.
 - b. Remisión de la minuta de la reunión a la Defensoría de los Habitantes por parte de la SUTEL.
 - c. 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.
7. Que en fecha 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 dictó lo siguiente: *"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".*
8. 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).

8481-SUTEL-SCS-2017

4. *Notificar en forma inmediata el presente acuerdo a la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica”.*
9. Que se recibieron múltiples observaciones en relación con la propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, mismas que fueron debidamente atendidas y analizadas por este órgano regulador mediante oficio 7708-SUTEL-DGM-2017 denominado *“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”*, que contempla el análisis de las distintas observaciones remitidas en el marco del proceso de consulta pública. Dicho informe fue remitido al Consejo de la Sutel en fecha 14 de setiembre de 2017, por el equipo técnico a cargo de su análisis.
10. Que mediante acuerdo 004-067-2017 de las 17:45 horas, adoptado en la sesión ordinaria 67-2017 celebrada el 18 de setiembre del 2017, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones por unanimidad dictó la resolución RCS-248-2017 denominada *“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”*.
11. Que en fecha 22 de setiembre de 2017, mediante correo electrónico institucional se notificó a la Defensoría de los Habitantes la referida resolución RCS-248-2017 denominada *“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”*.
12. Que por medio de La Gaceta No. 233 del 27 de setiembre del 2017, se publicó la resolución RCS-248-2017 denominada *“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”* dictada en la sesión ordinaria número 67-2017 celebrada por el 18 de setiembre de 2017.
13. Que en fecha 27 de setiembre de 2017, mediante documento con número de ingreso NI-11005-2017 (DH-DAEC-2017), la Defensoría de los Habitantes de la República, interpuso recurso de reposición y nulidad concomitante contra la resolución del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones número RCS-248-2017 denominada *“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”* de la sesión ordinaria número 67-2017. celebrada por el 18 de setiembre de 2017, publicada en La Gaceta No. 233 del 27 de setiembre del 2017.
14. Que de conformidad con el inciso 12) del artículo 36 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, corresponde a la Unidad Jurídica emitir el criterio jurídico para la atención de los recursos que deben ser conocidos por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante Sutel).
15. Que mediante oficio **N° 08207-SUTEL-UJ-2017** del 04 de octubre de 2017, la Unidad Jurídica de esta Superintendencia rindió el criterio jurídico respectivo.
16. Que se han realizado las diligencias necesarias para el dictado de la presente resolución.

8481-SUTEL-SCS-2017

CONSIDERANDO

- I. Para efectos de resolver el presente asunto, conviene extraer el informe jurídico rendido mediante oficio número N° 08207-SUTEL-UJ-2017 del 04 de octubre de 2017, el cual es acogido en su totalidad por este Consejo, de conformidad con lo siguiente:

“(…)

I. ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

a. Naturaleza del Recurso

El recurso ordinario de reposición interpuesto por la Defensoría de los Habitantes de la República en fecha 27 de setiembre de 2017, mediante documento con número de ingreso NI-11005-2017 (DH-DAEC-2017), contra la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-248-2017 denominada “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” publicada en La Gaceta N° 233 del 27 de setiembre del 2017, corresponde a los recursos ordinarios regulados por los artículos 342 al 352 de la Ley General de la Administración Pública, N° 6227.

En este sentido, algunos autores, verbigracia Agustín Gordillo, consideran que “reconsiderar” es no sólo “reexaminar,” sino específicamente “reexaminar atentamente,” por el origen etimológico de la palabra. Añade el autor que, si atendemos a los efectos prácticos que en la realidad se producen, “reconsiderar” termina siendo “ratificar enfáticamente,” “mejorar los fundamentos del acto impugnado,” “rebatir los argumentos del recurrente,” etc. Desde este punto de vista, nada impediría, con cierto permiso, llamarlo “recurso de ratificación”. Asimismo, es un recurso que se presenta ante el mismo órgano que dictó el acto, para que lo revoque, sustituya o modifique.

Finalmente y no menos importante, en lo que respecta a la nulidad concomitante interpuesta, resulta preciso indicar que las diligencias mediante las cuales se solicita anular o declarar la nulidad del acto administrativo del que se trate, no constituyen un recurso en estricto sentido, por cuanto lo que se pretende por medio de estas diligencias, es que se examine la validez del acto administrativo, y que sus elementos (formales y sustanciales) se encuentren conformes al ordenamiento jurídico, sin que por medio de este trámite se deban resolver temas que puedan ser controvertidos a los interesados o partes del procedimiento. Al incidente de nulidad, le aplican los artículos 158 a 189 regulados en la LGAP.

b. Temporalidad del Recurso

Mediante La Gaceta No. 233 del 27 de setiembre del 2017, se publicó la resolución número RCS-248-2017 denominada “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” de la sesión ordinaria número 67-2017 celebrada por el 18 de setiembre de 2017, y en fecha 27 de setiembre de 2017, y mediante documento con número de ingreso NI-11005-2017 (DH-DAEC-2017), la Defensoría de los Habitantes de la República, interpuso recurso de reposición y nulidad concomitante.

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días para recurrir otorgado en el artículo 346 de la Ley N° 6227, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal establecido.

c. Legitimación y representación

Sobre el tema de la legitimación se ha dicho que “...consiste en una aptitud especial para ser parte en un procedimiento concreto, en donde esa capacidad queda derivada en virtud de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de ese sujeto con el acto, así como también a las omisiones incurridas que ilegítimamente invadieran tal esfera, permitiendo que quien se sienta perjudicado pueda acceder a la vía jurisdiccional en demanda de un proceso que garantice el análisis de su pretensión (...)”¹

¹ Fernández Zeledón, María Fernanda. “La Tutela Judicial y Efectiva de la Aplicación del Código Procesal Contencioso Administrativo, sus dimensiones Constitucionales. Universidad de Costa Rica. 2009.

8481-SUTEL-SCS-2017

Y en un ámbito jurisdiccional el Tribunal Contencioso Administrativo, ha señalado que la legitimación activa es una:

“(...) específica situación jurídica material en la que se encuentra un sujeto, o pluralidad de sujetos, en relación con lo que se constituye el objeto litigioso de un determinado proceso; la legitimación, en definitiva, nos va a indicar en cada caso quiénes son los verdaderos titulares de la relación material que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso; quiénes los sujetos cuya participación procesal es necesaria para que la Sentencia resulte “eficaz”. (...). De manera, que se trata de la aptitud de los sujetos intervinientes para ser parte en un proceso de esta naturaleza; la que deriva o se origina de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de los mismos en relación directa con la conducta administrativa impugnada. Así, un sujeto queda legitimado en un procedimiento o en un determinado proceso por virtud de la afectación previa sufrida en sus intereses o derechos cualificados. Si las partes intervinientes carecen de legitimación, se puede concluir que el desarrollo de todo el proceso no servirá para solucionar el conflicto intersubjetivo en concreto planteado en estrados judiciales, porque esa falta determinará la inexistencia de la relación jurídica entre éstas”.

Para el caso particular, en relación con la **legitimación activa** de la Defensoría de los Habitantes de la República, debemos señalar que ésta se encuentra legitimada conforme a las disposiciones del artículo 275 de la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, en relación con la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República, Ley N° 7319, misma que crea a la Defensoría como el órgano público encargado de proteger los derechos y los intereses de los habitantes (artículo 1), y además lo habilita jurídicamente para interponer, por iniciativa propia o solicitud de parte, cualquier tipo de acciones jurisdiccionales o administrativas previstas en el ordenamiento jurídico (artículo 13), dentro de las cuales se encuentran la presentación de los recursos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, así como la gestión de nulidad concomitante. En lo conducente determinan los referidos ordinales 1 y 13 de la Ley N° 7319, lo siguiente:

“Artículo 1.- Atribución general.

La Defensoría de los Habitantes de la República es el órgano encargado de proteger los derechos y los intereses de los habitantes. Este órgano velará porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho. Además, deberá promocionar y divulgar los derechos de los habitantes.”

“Artículo 13.- Acciones de la Defensoría de los Habitantes de la República.

La Defensoría de los Habitantes de la República, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, podrá interponer cualquier tipo de acciones jurisdiccionales o administrativas previstas en el ordenamiento jurídico.”

En relación con la **representación** de la Defensoría de los Habitantes, el recurso de reposición y la gestión de nulidad concomitante fue interpuesta por la señora Montserrat Solano Carboni, cédula de identidad número 1-1070-0715, en su condición de Defensora de los Habitantes, conforme al Acuerdo 6566-14-15 dictado por la Asamblea Legislativa en la sesión ordinaria N° 72 celebrada el 9 de setiembre de 2014.

d. Argumentos del recurso:

Mediante el recurso de reposición y nulidad concomitante interpuesto en fecha 27 de setiembre de 2017, por la Defensoría de los Habitantes de la República a través de documento con número de ingreso NI-11005-2017 (DH-DAEC-2017), dicho órgano administrativo esgrime lo siguientes argumentos:

“(…)

III. CONSIDERACIONES

En virtud de lo dispuesto en la resolución RCS-248-2017 del 18 de setiembre de 2017, la SUTEL resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

- Dar por recibidas y rechazadas las observaciones presentadas por la Defensoría de los Habitantes por no llevar razón en sus argumentaciones.

8481-SUTEL-SCS-2017

- Definir el mercado del "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" como aquel que incluye el servicio de acceso a la red pública de telecomunicaciones móviles, el servicio de llamadas con origen en una ubicación móvil y destino nacional, el servicio de mensajería corta con origen en una ubicación móvil y con destino nacional y el servicio de transferencia de datos a través de redes móviles".

- Declarar que no existe ningún operador o grupo de ellos que tenga poder sustancial en el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

- Declarar que el mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles se encuentra en competencia efectiva.

- 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 N° 7593.

La anterior resolución se fundamenta en el informe técnico: "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" oficio No. 05971-SUTEL-DGM-2017 de fecha 21 de julio de 2017, elaborado por la SUTEL.

En relación con el Informe Técnico No. 05971-SUTEL-DGM-2017 puesto en consulta pública por 15 días hábiles a partir del 16 de agosto de 2017 hasta el 6 de setiembre de 2017, la Defensoría remitió a la SUTEL el oficio DH-DAEC-0878-2017 de fecha 6 de setiembre pasado, el cual contiene el análisis realizado por el órgano Defensor con base en lo establecido en la resolución metodológica RCS-082-2015 y, que concluye que, con la nueva evidencia presentada por la SUTEL en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, el mercado minorista de telecomunicaciones móviles no presenta indicios de competencia efectiva y tampoco permite descartar la hipótesis de ausencia de dominancia conjunta, siendo que dicho mercado presenta una estructura oligopólica y continua presentando las características propias de una situación de dominancia conjunta.

Con base en el análisis técnico contenido en el oficio DH-DAEC-0878-2017 y en el ejercicio tanto de sus funciones en materia de control de legalidad de los actos de la Administración Pública, como en el ejercicio de su competencia para la defensa de los derechos e intereses de los habitantes; la Defensoría manifestó su oposición a la propuesta de SUTEL de declarar el mercado minorista de telecomunicaciones móviles en competencia efectiva y recomendó al Consejo de la SUTEL mantener la regulación tarifaria en el mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles y no declarar en competencia efectiva en este mercado y mantener el "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" en 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.

1. Antecedentes al informe técnico No. 05971-SUTEL-DGM-2017.-

La justificación dada por la SUTEL para someter a consulta pública el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 del 21 de julio de 2017 para declarar en competencia efectiva el mercado minorista de telefonía móvil, fue la disponibilidad de nueva información en relación con el Informe 06419-SUTEL-DGM-2016 de fecha 31 de agosto de 2016, según lo ordenara el Consejo de la SUTEL en la resolución RCS-265-2016 del 23 de noviembre de 2016.

En el Informe 06419-SUTEL-DGM-2016, la SUTEL había llegado a la conclusión de que el mercado de telefonía móvil no se encontraba en competencia efectiva y que reunía "prácticamente todas las características necesarias para ser un mercado en cual se presentaría una situación de dominancia conjunta, entre estas características destacan: estancamiento de las cuotas de mercado, madurez del mercado, alta concentración, fuertes barreras de entrada, falta de competencia potencial, bajo nivel de competencia de precios y baja diferenciación comercial. Lo cual implica que los tres OMR del mercado están en posibilidad, de manera conjunta, de determinar las condiciones en que se desarrolla la competencia de dicho mercado." (p. 108, RCS-265-2016). Sin embargo, en este mismo informe, sin ningún fundamento técnico y jurídico, se propuso la eliminación de la fijación tarifaria en el segmento de telefonía móvil post-pago, con lo cual se dejaría en libertad a las (sic) operadores para decidir sobre precios y métodos de cobro.

Debido a lo anterior, la Defensoría de los Habitantes, mediante el oficio DH-DAEC-699-2016, advirtió al Consejo de la SUTEL que la recomendación de eliminar la fijación tarifaria en ese segmento no se derivaba del análisis realizado por la SUTEL en el informe, sino que la misma sólo se filtraba en las recomendaciones que debe valorar dicho Consejo, específicamente, en la recomendación 4 donde se imponían obligaciones a los operadores. En

8481-SUTEL-SCS-2017

este caso, la eliminación de la fijación tarifaria en post-pago sólo se enuncia (no se colegía) en la obligación d) denominada: "Someterse al régimen tarifario correspondiente" y se establece de la siguiente manera: "Se mantendrá la obligación de regulación tarifaria solamente para el segmento prepago del mercado" (p. 150, 06419-SUTEL-DGM-2016), sin mayor explicación. En ninguna parte del informe se explicaba el por qué debe eliminarse la fijación en post-pago, ni tampoco cómo esa medida beneficiaría la competencia en el mercado, ni los beneficios que el usuario final obtendría con tal medida.

Posteriormente, el Consejo de la SUTEL al emitir la resolución RCS-265-2016 del 23 de noviembre de 2016 que cerraba el proceso de la consulta pública del informe 06419-SUTEL-DGM-2016, optó por mantener vigente la regulación tarifaria en el mercado postpago de telefonía e internet móvil y, a la vez ordenó a la Dirección General de Mercados que a, más tardar al cierre del primer cuatrimestre del año 2017, ampliara la propuesta contenida en el informe 06419-SUTEL-DGM-2016 en relación con el mercado minorista de telecomunicaciones móviles para incorporar la información adicional presentada en el marco del proceso de la consulta pública del 4 de octubre de 2016 al 8 de noviembre de 2016, y cualquier otra información que se considerara pertinente.

Debido a lo anterior, en un plazo aproximado de seis meses, después de la resolución RCS-265-2016 (23 de noviembre de 2016), la SUTEL emitió el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 (21 de julio de 2017), donde varía radicalmente las conclusiones a las que llegó en el informe anterior y concluye que en el mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles, no existe ningún operador o grupo de ellos que tenga poder sustancial y recomendó la declaratoria de competencia efectiva en dicho mercado.

2. Análisis de la Defensoría sobre la evaluación de los parámetros de la resolución RCS-082-2017 realizada por la SUTEL en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, fundamento de la resolución RCS-248-2017 impugnada. –

La metodología contenida en la resolución RCS-082-2015 "Metodología para el análisis del grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones" aprobada por el Consejo de la SUTEL el 13 de mayo de 2015, establece los parámetros, su descripción, los indicadores y la interpretación de los mismos para hallar indicios de competencia efectiva e indicios de dominancia conjunta en los mercados de telecomunicaciones y constituyen aspectos que debe aplicar todo estudio de la SUTEL para determinar las condiciones de mercado y el grado de competencia prevaleciente en los mercados de telecomunicaciones. Asimismo, se utilizó como insumo el Informe 06419-SUTEL-DGM-2016 del 21 de agosto de 2016.

Al analizar la información contenida en el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 bajo los criterios metodológicos de la resolución RCS-082-2015, la Defensoría concluye que el mercado minorista de las telecomunicaciones de servicios móviles no cuenta con las condiciones para establecer competencia efectiva. Debe indicarse que información contenida en el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 es prácticamente la misma que la del Informe 06419-SUTEL-DGM-2016 donde la SUTEL concluía que el mercado no se encontraba en competencia efectiva y que reunía las características necesarias para presentar una situación de dominancia conjunta. Sin embargo, con base en la misma información y con algunos datos adicionales, en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, la SUTEL llega a conclusiones diametralmente opuestas.

De la revisión que hizo la Defensoría del Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 se observa que varios de los resultados de los parámetros que, a juicio de la SUTEL, muestran indicios de competencia efectiva, han sido forzados por la propia SUTEL para llegar a dicha conclusión. Incluso se excluye información importante que estaba presente en la resolución 06419-SUTEL-DGM-2016 y que no respaldaba la tesis de competencia efectiva. Asimismo, la SUTEL realiza interpretaciones de los parámetros definidos en la resolución RCS-082-2015 no acordes con la técnica y lo establecido en la misma resolución metodológica, para concluir que existe competencia efectiva en el mercado. En otras ocasiones utiliza indicadores diferentes a los definidos en la resolución RCS-082-2015 con la finalidad de apoyar la propuesta de competencia efectiva.

Con este proceder, la SUTEL ha violentado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en la Administración dado que la resolución RCS-082-2015 fue publicada y puesta en manos de los interesados para hacer del conocimiento del mercado, cuáles eran los parámetros que se aplicarían, la descripción de los mismos, los indicadores para evaluarlos y los criterios de indicios de competencia asociados a esos parámetros.

El siguiente cuadro resume los resultados de la evaluación de los parámetros según los dos informes analizados y los resultados a los que llega la Defensoría al aplicar la metodología de análisis de mercado de la resolución RCS-082-2015 y la información del informe 05971-SUTEL-DGM-2017.

8481-SUTEL-SCS-2017

(...)

Indica la SUTEL en la resolución RCS-082-2015, que los parámetros establecidos para el análisis de la "Estructura de Mercado", las "Barreras de Entrada" y de "Dominancia Conjunta", permitirán determinar si existe un operador o proveedor importante o varios de ellos y por tanto si existe competencia efectiva en un mercado. Mientras que el análisis de los anteriores elementos, unido al análisis de los "Beneficios obtenidos por los usuarios" y el "Análisis Prospectivo del Mercado" permitirá evaluar si existen condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva en el mercado.

Asimismo, señala la resolución RCS-082-2015 que el análisis del grado de competencia en los mercados de telecomunicaciones se basará en el análisis conjunto de los parámetros, de tal manera que la aplicación de un indicador particular visto de manera aislada no es suficiente para alcanzar un resultado particular.

La Defensoría de los Habitantes presentó sus objeciones al Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 mediante el oficio DH-DAEC-0878-2017 de fecha 6 de setiembre pasado. El análisis se realizó según la presentación utilizada por la SUTEL en el informe indicado. A continuación, se transcribe el análisis realizado por la Defensoría en esa oportunidad:

(...)

3. Revisión de los argumentos de descargo y rechazo de la SUTEL sobre las observaciones brindadas por la Defensoría de los Habitantes en el oficio DH- DAEC-0878-2017 del 6 de setiembre de 2017

En la resolución RCS-248-2017 (779-SUTEL-SCS-2017) la SUTEL realiza un descargo para rechazar las observaciones realizadas por la Defensoría, citadas en el anterior apartado de este documento. El análisis de SUTEL se encuentra en el punto 4.8.4. "Análisis técnico"(p. 74) del apartado 4.8. "Observaciones presentadas por la Defensoría de los Habitantes" (p. 62) de la Sección 4 denominada "Análisis de observaciones recibidas durante la consulta pública"(p. 14) del considerando 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"(p. 14).

Debido a la importancia para el presente recurso de revocatoria, a continuación, la Defensoría se referirá a cada uno de los argumentos de descargo realizados por la SUTEL para rechazar las observaciones de este ente Defensor, según se presentan en la resolución indicada:

Estructura de mercado**Participantes del mercado**

En este apartado la SUTEL repite lo señalado por la metodología RCS-082-2015 en el sentido de que la evaluación de un parámetro en particular o visto de manera aislada no es suficiente para alcanzar un resultado particular, sino que el análisis debe considerar la integralidad en el análisis del conjunto de indicadores.

Respecto a esta observación, la Defensoría señala a la SUTEL que el análisis realizado por este órgano Defensor utilizó como base la metodología de la resolución RCS-082-2015, la cual fue analizada por los asesores económicos de la Dirección de Asuntos Económicos de manera que la conclusión a la que llegó la Defensoría en su oficio DH-DAEC-0878-2017 considera la integralidad de los resultados arrojados por los indicadores, los cuales en conjunto revelan que el mercado minorista de telefonía móvil no se encuentra en competencia efectiva. Para llegar a dicha conclusión, la Defensoría evaluó cada parámetro como puede observarse en la sección anterior.

En la resolución impugnada, en cuanto al número de participantes en el mercado, la SUTEL indica que "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".

Esa conclusión de SUTEL obedece a un criterio subjetivo o apreciación de esa Superintendencia, sin sustento ni prueba técnica. Asimismo, en la emisión de esta opinión la SUTEL evita referirse al fondo del cuestionamiento original de la Defensoría: la SUTEL se apartó de la metodología establecida en la resolución RCS-082-2015 para indicar que este parámetro mostraba indicios de competencia. En otras palabras para el indicador "participantes del mercado", SUTEL no demuestra haber cumplido con lo ordenado en la resolución RCS-082- 2015.

8481-SUTEL-SCS-2017

En la resolución RCS-082-2015 se establece que a efectos de hallar "indicios de competencia" se debe considerar que: "Entre mayor sea la cantidad de participantes, se estima que el mercado es más competitivo". Debido a esto, la Defensoría considera que la existencia de tres operadores OMR que acaparan el 99% del mercado y dos operadores virtuales (OMV) con el 1% del mercado no es un indicador suficiente de que el mercado sea competitivo, sino que la estructura que presenta es de tipo oligopólico y requiere de regulación para evitar posibles prácticas monopolísticas en detrimento de los derechos e intereses de los usuarios.

Con base en lo anterior, según lo establecido en la resolución RCS-082-2015 la valoración del parámetro "Participantes del mercado" no proporciona Indicios de competencia efectiva y por tanto la Defensoría mantiene lo externado en el oficio DH-DAEC-0878-2017. El consejo de la SUTEL se equivocó al aplicar la resolución RCS-082-2015 y en la resolución impugnada no demuestra haber cumplido con su propio parámetro.

Participación de mercado

Respecto a este parámetro la SUTEL manifiesta que "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, éstas no se presentan entre los dos últimos, pues ambos mantienen una cuota de mercado homogénea".

Al respecto la Defensoría de los Habitantes debe advertir al consejo de la SUTEL que, en relación con la reducción de la cuota de mercado del operador más grande (ICE) en el Informe 06419-SUTEL-DGM-2016 del 31 de agosto de 2016 se indicó que: "La evolución de las cuotas de mercado de los operadores móviles ha tendido a estabilizarse en los últimos tres años, de tal manera que entre 2013 y 2015 sólo variaron en un 4%". Sin embargo, en el Informe 05971- SUTEL-DGM-2017 del 21 de julio de 2017, la anterior afirmación simplemente se elimina y se plantea que la reducción que ha tenido la cuota de participación del ICE es suficiente para indicar que según este parámetro el mercado es competitivo.

El Informe de julio de 2017 de la SUTEL Indica que a partir del año 2010 se ha presentado una recomposición de las cuotas de mercado del servicio de telecomunicaciones móviles, de forma que el principal operador, el ICE, pasó de tener el 100% en el año 2010 al 58% en el año 2015 y de 53% en el año 2016. Para el año 2016, la cuota de Claro es del 20%, la cuota de Movistar es del 26% y la cuota de los OMV, en conjunto, suman 1% del mercado.

Asimismo, indica la SUTEL que la homogenización de cuotas se cumple parcialmente, cuando el ICE posee el 53% del mercado, Claro el 20%, Movistar el 26% y dos operadores virtuales el 1%. Dadas estas cifras aportadas por la SUTEL, la Defensoría no observa que se cumpla, ni siquiera parcialmente, el criterio de homogeneidad de cuotas de mercado.

Con base en lo anterior, según lo establecido en la resolución RCS-082-2015 la valoración del parámetro "Participación del mercado" no proporciona indicios de competencia efectiva y por tanto la Defensoría mantiene lo externado en el oficio DH-DAEC-0878-2017. El consejo de la SUTEL Incumplió, también en este parámetro, lo establecido en su propia metodología.

Concentración de mercado

En relación a este punto, en la resolución impugnada la SUTEL evita nuevamente referirse al fondo del cuestionamiento de la Defensoría en su análisis la SUTEL señaló que "se puede afirmar que el nivel de concentración de este mercado muestra una tendencia hacia la baja, ubicándose en un nivel cercano o incluso inferior al de otros países comparables que cuentan con muchos más años de haber llevado a cabo la apertura del sector telecomunicaciones, lo cual constituye una señal positiva del nivel de rivalidad competitiva del mercado." Lo resaltado no pertenece al original, (p. 40, 05971-SUTEL-DGM-2017).

Indica la SUTEL que mediante este parámetro se observa una "señal positiva del nivel de rivalidad competitiva del mercado". No obstante, en el DH-DAEC-0878-2017 la Defensoría observó que utilizando la resolución RCS-082-2015, para 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 (p.19, RCS-082-2015). En ningún momento la metodología establece que la tendencia decreciente del IHH es un elemento de indicio de competencia. Esta es una interpretación hecha por SUTEL que conoce de fundamento técnico.

8481-SUTEL-SCS-2017

Por tanto, 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. Concluyendo la Defensoría que la valoración del parámetro "Concentración de mercado" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado".

No obstante, en la resolución impugnada, en la respuesta a esta observación la SUTEL plantea que "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". Y concluye la SUTEL indicando lo siguiente: "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."

Como puede observarse, la SUTEL insiste en apartarse de la metodología RCS-082-2015 la cual estableció claramente cómo debe interpretarse ese parámetro para hallar indicios de competencia, hasta llegar al absurdo técnico de sostener que un HHI de 3.891 es compatible con condiciones de competencia efectiva.

Con base en lo anterior, según lo establecido en la resolución RCS-082-2015 la valoración del parámetro "Concentración de mercado" no proporciona indicios de competencia efectiva y por tanto la Defensoría mantiene lo externado en el oficio DH-DAEC-0878-2017: SUTEL se aparta arbitrariamente de su propia metodología.

Rivalidad del mercado a nivel de precios

En la resolución Impugnada la SUTEL que 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". Sin embargo, nuevamente la SUTEL evita referirse al fondo del cuestionamiento de la Defensoría.

Como indicó la Defensoría en el oficio DH-DAEC-0878-2017, la contradicción radica en que utilizando los mismos datos de precios, las conclusiones entre ambos informes son opuestas, pues, mientras el primer informe (06419-SUTEL-DGM-2016) señala que los precios de las canastas no se han reducido y que la aparente baja entre 2011 y 2015 se debe a factores no competitivos; en el segundo informe (05971-SUTEL-DGM-2017), se concluye que entre los años 2011 y 2015 los precios de los planes con un consumo inferior a las 300 llamadas por mes (569 minutos) han tendido a disminuir, sin hacer la aclaración que se hace en el primer informe.

En su posición la Defensoría llamó la atención de la SUTEL en relación con la contradicción entre las conclusiones de dos informes que utilizan exactamente los mismos datos para referirse a un mismo fenómeno: En el primer Informe se brindaba una explicación de que la reducción de precios entre 2011 y 2015 era aparente porque estaba influenciada por otro factor no relacionado con aspectos de competencia; en el segundo informe esa información fue eliminada del todo, para justificar que el precio se ha reducido en el tiempo y poder atribuir artificialmente ese efecto a una mayor competencia.

Los párrafos eliminados del segundo informe que respaldaban la conclusión del año 2016 son los siguientes:

"Es importante tener en cuenta que la baja en el costo de cada canasta de consumo obedece principalmente a que en 2011 los planes ofrecidos por los operadores, a excepción de la marca Movistar, no incluían una conexión a internet, la cual se debía adquirir por separado, lo que daba como resultado que incluso los planes mínimos de consumo resultaban bastante caros si se querían adquirir con una conexión a internet.

[aquí se incluye un cuadro con la evolución de los precios de la conexión de Internet móvil según velocidad por operador]

La situación detallada de previo sea el hecho de que la baja en el precio de las canastas de consumo está impulsada por una disminución en el precio de las conexiones a internet móvil, se refuerza si sólo se considera la evolución de los precios de las canastas que no incluyen el servicio de internet, sino que sólo incluyen llamadas y SMS. Al analizar esta circunstancia se observa que entre 2011 y 2015 prácticamente no se ha dado ninguna variación de precios para los niveles más bajos de consumo, mientras que para los niveles más altos de consumo se han presentado pequeñas disminuciones en el precio." (p. 46, 06419-SUTEL-DGM-2016).

8481-SUTEL-SCS-2017

En relación con lo anterior, la Defensoría observa que la omisión de la información señalada parece tener como propósito cambiar la conclusión a la que se llega con la evaluación de este parámetro, pues a diferencia que en el informe del 2016, en el Informe 05971-SUTEL-DGM- 2017 se concluye que el parámetro muestra indicios de competencia efectiva. Sin embargo, al considerar la información omitida, la conclusión a la que se llega es que no existen indicios de competencia, dado que los precios para el segmento postpago no han presentado disminución en el período analizado. En su refutación, la SUTEL guarda silencio sobre el señalamiento de la Defensoría en cuanto a la omisión de la información indicada.

Con base en lo anterior, la Defensoría no varía la posición externada en el oficio DH-DAEC- 0878-2017 en cuanto a la valoración de este parámetro y mantiene su conclusión que no se presenta información suficiente y consistente para concluir sobre indicios de competencia efectiva en el mercado.

Rivalidad del mercado en factores no relacionados con el precio

En relación con este punto, el cuestionamiento de la Defensoría consistió en que SUTEL utilizó indicadores no establecidos en la metodología RCS-082-2015, la cual para este parámetro establece dos indicadores: red de distribución y cobertura de redes, siendo el criterio de indicio de competencia la homogeneidad de las redes de distribución, de acceso y cobertura entre operadores.

En el análisis presentado en el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017, la SUTEL indica 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.

En la resolución impugnada RSC-248-2017, la SUTEL refuta lo externado por la Defensoría interpretando que una política de venta diferenciada es congruente con la homogenización de las redes, según lo solicitado por el parámetro para hallar Indicios de competencia. Como se indicó, la Defensoría no comparte esa apreciación de SUTEL la cual nunca es demostrada en el análisis presentado en esta variable.

Por tanto, la Defensoría considera que la explicación dada por SUTEL para refutar la conclusión a la que llega la Defensoría en su análisis de este parámetro, no es adecuada y por tanto, no observa elementos que le indiquen que debe variar la conclusión establecida en el oficio DH- DAEC-0878-2017 en relación con esta variable.

Denuncias por prácticas monopolísticas

Indica la SUTEL que en este aspecto la Defensoría expresa estar de acuerdo con el abordaje realizado por SUTEL.

La conclusión a la que llegó la Defensoría al evaluar este aspecto fue la siguiente: "según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, a criterio de la Defensoría de los Habitantes, la valoración del parámetro "Denuncias por prácticas monopolísticas" proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles".

Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumo

En el oficio DH-DAEC-0878-2017 la Defensoría observó que la SUTEL basó su resultado en una medida que se tomó para eliminar un aspecto que limitaba la competencia en el mercado de telefonía móvil, según se detectó en el Informe 06419-SUTEL-DGM-2016. Según SUTEL la solución a dicha problemática se realizó con la resolución RCS-244-2016 donde se actualizó el monto del cargo de terminación móvil en la oferta de interconexión del ICE estableciendo una rebaja 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. En este sentido, la Defensoría adujo 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.

8481-SUTEL-SCS-2017

Asimismo, la Defensoría le indicó a la SUTEL que para la evaluación de este parámetro 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 por el Consejo de SUTEL.

En el análisis que realiza SUTEL para rechazar esta observación (RCS-248-2017), se opta por no referirse a la observación de la Defensoría en cuanto al argumento utilizado para resolver la limitante competitiva hallada en el informe del año 2016. Por lo que con lo planteado en esta variable en el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 no permite concluir que el mercado presenta indicios de competencia en este parámetro.

El alegato de la SUTEL considera únicamente la crítica de la Defensoría al no incluirse indicadores como los solicitados en la resolución RCS-082-2015 para valorar dicho parámetro y argumenta que "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".

Por tanto, nuevamente la SUTEL evita el fondo de la objeción de la Defensoría de manera que no se observan elementos nuevos para variar la conclusión externada en esa oportunidad que indica que en para el análisis de este parámetro, no se presenta información suficientemente robusta para poder concluir sobre los indicios de competencia.

Poder compensatorio de la demanda

Indica la SUTEL que en este criterio la Defensoría expresa estar de acuerdo con el abordaje realizado por SUTEL

La conclusión a la que llegó la Defensoría en el análisis de este aspecto fue la siguiente: "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".

Costos de cambio de operador

Indica la SUTEL que en este criterio la Defensoría expresa estar de acuerdo con el abordaje realizado por SUTEL.

La conclusión a la que llegó la Defensoría en el análisis de este aspecto fue la siguiente: "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".

Rentabilidad

Indica la SUTEL que en este criterio la Defensoría expresa estar de acuerdo con el abordaje realizado por SUTEL.

La conclusión a la que llegó la Defensoría en el análisis de este aspecto fue la siguiente: "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".

Barreras de entrada al mercado

Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución

La resolución RCS-082-2015 indica que el tema de barreras de entrada es particularmente relevante en el sentido de que es la existencia de este tipo de barreras las que determinan la facilidad o no del ingreso de nuevos

8481-SUTEL-SCS-2017

operadores y proveedores al mercado, de manera que entre menos barreras efectivas existan, se favorece el desarrollo de un ambiente más competitivo en el mercado, (p. 16).

Según establece la SUTEL en los informes 06419-SUTEL-DGM-2016 y 05971-SUTEL-DGM-2017, 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.

En relación con los costos financieros para desarrollar canales alternativos de producción o distribución, los informes 6419-SUTEL-DGM-2016 y 05971-SUTEL-DGM-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. Sin embargo, los altos costos de inversión de ingreso si constituyen una serie barrera al ingreso de nuevos operadores, situación que no analiza la SUTEL. De manera que la SUTEL sostiene que la existencia de estos costos no es un elemento que limite la competencia en el mercado, y por tanto, el mercado puede ser declarado en competencia.

Debe indicarse que la conclusión de SUTEL no es acorde con la valoración de este parámetro. Si bien es cierto, que el análisis de los parámetros es integral y que un solo indicador aislado no es suficiente para descartar la competencia efectiva, la Defensoría observa que, en diversas situaciones, la SUTEL pretende forzar la interpretación dada a estos parámetros, con el fin de que integralmente, puedan justificar la conclusión de que el mercado está en competencia efectiva. No obstante, no se puede obviar que los altos costos de entrada son un limitante que inhibe el ingreso de nuevos OMR, y es un factor que se une a varios para calificar el mercado.

Por lo anterior, la Defensoría no encuentra elementos en la réplica de SUTEL para variar su criterio respecto a la Información que proporciona este parámetro, de manera que según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado.

En el caso en que la SUTEL considere que la metodología y en particular este parámetro requiere de una nueva tomar las acciones necesarias para modificar la resolución RCS-082-2015 pero no puede hacer interpretaciones forzadas de la metodología para obtener con un objetivo particular como se pretende en este caso, con lo cual se violentan los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en la Administración que estableció y divulgó una metodología de análisis específica.

Economías de Escala y de Alcance

Según lo plantea la SUTEL en su refutación a la Defensoría, las economías de escala y alcance se suelen presenta en este tipo de mercado. Indica, además, que 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.

Con base en lo anterior, SUTEL concluye que 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 existentes.

Al considerar lo anterior, se observa que la SUTEL nuevamente evade el cuestionamiento de fondo que realizó la Defensoría, pues en su estudio técnico la SUTEL no cumple con el análisis que solicita la resolución RCS-082-2015 y realiza su análisis en función de los OMR ya existentes en el mercado. En este sentido, la Defensoría de los Habitantes debe insistir en que las economías de escala y alcance sí constituyen serias barreras que limitan la incursión nuevos operadores y proveedores en el mercado, sean éstos OMR o OMV. Según la metodología RCS-082-2015: "Mientras mayores sean las economías de escala y alcance, más difícil será para un entrante competir con un operador establecido (o grupo de éstos)". Según esa metodología el análisis se realiza en función del ingreso de nuevos operadores, no en relación con los operadores existentes.

8481-SUTEL-SCS-2017

En el caso en que la SUTEL considere que la metodología y en particular este parámetro requiere de una nueva tomar las acciones necesarias para modificar la resolución RCS-082-2015 pero no puede hacer interpretaciones forzadas de la metodología para obtener con un objetivo particular como se pretende en este caso, con lo cual se violentan los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en la Administración que estableció y divulgó una metodología de análisis específica.

Por lo anterior, la Defensoría no encuentra elementos en la réplica de SUTEL para variar el criterio externado en el oficio DH-DAEC-0878-2017 respecto a la Información que proporciona este parámetro, de manera que según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Economías de Escala y de Alcance" no proporciona indicios de competencia efectiva.

Monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida

En relación con la evaluación de este parámetro, la SUTEL que dada la no disponibilidad de espectro radioeléctrico "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".

No obstante, en este aspecto la metodología aprobada por SUTEL no contempla el análisis de la competencia entre los operadores actuales como indicio de competencia efectiva, sino, que 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), (p. 21).

Al igual que en otros aspectos analizados supra, en la resolución impugnada SUTEL hace una interpretación tal de la metodología que prácticamente implica un cambio en esta, en otras palabras, por la vía de la resolución impugnada, SUTEL modifica tácitamente la resolución RCS- 082-2015 para dar cabida a una conclusión a la que de lo contrario, sería imposible arribar todo ello a violentar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en la Administración que estableció y promulgo una metodología de análisis específica.

Por lo anterior, la Defensoría no encuentra elementos en la réplica de SUTEL para variar el criterio externado en el oficio DH-DAEC-0878-2017 respecto a la información que proporciona este parámetro, de manera que según lo establecido en 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.

Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos

Con relación a este parámetro, la SUTEL en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 indica que el análisis se centra en cómo 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 de 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.

Sin embargo, ese razonamiento no es congruente con la resolución RCS-082-2015, en la cual el Consejo Directivo de la SUTEL, estableció que los indicios de competencia para este parámetro se presentan conforme se otorgue un mayor número de títulos habilitantes de nuevos proveedores 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.

En el caso en que la SUTEL considere que la metodología y en particular este parámetro requiere de una nueva tomar las acciones necesarias para modificar la resolución RCS-082-2015 pero no puede hacer interpretaciones forzadas de la metodología para obtener con un objetivo particular como se pretende en este caso, con lo cual se violentan los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en la Administración que estableció y divulgó una metodología de análisis específica.

8481-SUTEL-SCS-2017

Con base en lo anterior, 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 y, por tanto, la Defensoría mantiene lo externado en el oficio DH-DAEC-0878-2017.

Inversión en publicidad

Indica la SUTEL que debido a que en el corto plazo no va a ingresar ningún nuevo operador, la valoración de este parámetro debe realizarse para los que ya están en el mercado y determinarse así, considerando esta condición, cómo afecta cada parámetro a la competencia. A la luz de esto 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.

En relación con la conclusión de SUTEL, es necesario de nuevo 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," (p. 21).

Una vez más, SUTEL interpreta a su antojo la resolución RCS-082-2015 pero en realidad se aparta de esta para poder justificar su conclusión de que la valoración del parámetro "Inversión en Publicidad" proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado, cuando, en realidad, el análisis de ese parámetro indica lo contrario.

Limitaciones de la competencia en los mercados internacionales

En relación con este parámetro el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 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, p. 79). Por lo cual, la Defensoría indicó que carecía de información suficiente para valorar este parámetro.

Sin embargo, señala la SUTEL que todos los indicadores establecidos en la resolución RCS-082-2015 fueron valorados por la SUTEL mediante las encuestas realizadas a los operadores móviles a través del oficio 7366-SUTEL-DGM-2015 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 ello, en este recurso la Defensoría no puede menos insistir en que en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 puesto en consulta no se incluyó la información ni el análisis para concluir sobre el parámetro, de manera que mantiene la conclusión establecida en el oficio DH-DAEC-0878-2017 en el sentido de que no se no presentan los indicadores establecidos en la metodología y no proporciona información suficientemente para poder concluir si existen o no indicios de competencia. En otras palabras, la SUTEL arribó a su conclusión sin tener información que la sustente, abonando a las debilidades de la resolución impugnada.

Actos de autoridades estatales o municipales que discriminen entre operadores o proveedores.

El informe de la SUTEL (05971-SUTEL-DGM-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. En su resolución impugnada la SUTEL reconoce en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 la presencia de dicha situación, sin embargo, indica que 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.

8481-SUTEL-SCS-2017

Por todo lo anterior, la SUTEL indica que realizó en el informe puesto en consulta el análisis de este parámetro considerando la situación actual del mercado. En ese sentido no le otorga razón a la Defensoría en su observación en cuanto a este punto.

A pesar de lo indicado por SUTEL en su resolución, lo establecido en la metodología aprobada por la SUTEL (RCS-082-2015), establece que 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" (pp. 21-22). Por tanto, este parámetro no revela indicios de competencia efectiva para este mercado.

Nuevamente, con tal de forzar su argumento, y demostrar que hay competencia efectiva donde no la hay, SUTEL hace una interpretación tan lejana (sic) de los establecido en la resolución RCS- 082-2015 que prácticamente termina descartando el parámetro en cuestión, separándose de su propia metodología.

Esta es otra muestra de las falencias que la resolución Impugnada presenta en su motivación.

Beneficios obtenidos por los usuarios

Acceso a los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones

Indica la SUTEL que el reglamento de protección al usuario final del servicio de telecomunicaciones obliga a que los operadores pongan a disposición del usuario final toda la información que sea necesaria para que, de manera efectiva, puedan tomar una decisión razonada sobre qué servicio adquirir y a cuál oferente. Sin embargo, en el estudio del año anterior, 6419-SUTEL-DGM-2016, se identificaron una serie de elementos que dificultaban un adecuado uso de la información por parte de los usuarios y que afectaban la elección final de estos. Para corregir la anterior situación, la SUTEL Informa que está en proceso de desarrollo de un sistema que permita al consumidor comparar la oferta comercial ofrecida por todos los operadores. La elaboración de este sistema fue adjudicada en el mes de junio de 2017 y la SUTEL espera contar con el mismo a partir de diciembre de 2017.

A pesar de lo anterior, la SUTEL Indica en su resolución impugnada que la información necesaria para que los usuarios puedan tomar una decisión de compra ya existe en el mercado y que el sistema comparativo de precios es una herramienta adicional para mejorar la toma de decisiones y ayudarle así al usuario.

Sin embargo, lo cierto del caso es que la resolución RCS-082-2015, valora la presencia de indicios de competencia bajo el siguiente criterio: Si 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.

Por tanto, considera la Defensoría que la SUTEL no proporciona información adicional para variar el criterio sobre la valoración de este parámetro, según lo indicado en el oficio DH-DAEC- 0878-2017.

Accesibilidad de los precios

En la resolución impugnada señala la SUTEL que respecto a accesibilidad de los precios y la falta de análisis sobre las tendencias de estos, 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*
- 4.Comportamiento reciente de los participantes del mercado, a) Rivalidad del mercado a nivel de precio*

No obstante, la Defensoría debe señalar que según la resolución RCS-082-2015, la presencia de indicios de competencia bajo este parámetro debe determinarse a través de la tendencia decreciente de los precios, pues ésta 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).

Consecuentemente, según la metodología vigente, la Defensoría observa que estos análisis deben aparecer en la evaluación respectiva del parámetro y no es pertinente asumir que el interesado podrá advertir que la

8481-SUTEL-SCS-2017

información se encuentra en otras secciones donde se evaluaron otros parámetros, siendo que esa información se utilizó con otros fines.

Por tanto, considera la Defensoría que la SUTEL no proporciona información adicional para variar el criterio sobre la valoración de este parámetro, según lo Indicado en el oficio DH-DAEC- 0878-2017.

Oferta disponible de servicios

Indica la SUTEL que, respecto a la oferta disponible de servicios, la Defensoría está de acuerdo con lo concluido por SUTEL en este parámetro.

La conclusión a la que llegó la Defensoría en el análisis de este aspecto fue la siguiente: "según la resolución RCS-082-2015, la presencia de indicios de competencia bajo este parámetro se determina bajo el criterio de que "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".

Satisfacción de los clientes con los servicios

Según el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 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 Móvil se ubica en un 66% y Kolbi, el operador más grande (53% del mercado) cumplió las expectativas de calidad y servicio en un 35% de los casos. Con base en esa información la SUTEL concluyó, sin un análisis integral de la misma, que existe el mercado un adecuado nivel de satisfacción en el servicio, porque cuatro de cinco operadores, están completamente satisfechos con el servicio que reciben.

No obstante, con base en los datos presentados y realizando un promedio ponderado por la participación de mercado de los operadores, la Defensoría determinó 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%. De manera que, contrario a lo concluido por SUTEL, según lo establecido en la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro "Satisfacción de los clientes con los servicios" no proporcionó indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles. La SUTEL no refuta esta conclusión

En la resolución impugnada, la SUTEL no presenta argumentos técnicos para refutar lo indicado por la Defensoría en este aspecto. Lo que hace es Insistir, sin datos, que "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".

Debido a lo anterior, considera la Defensoría que la SUTEL no proporciona información adicional para variar el criterio sobre la valoración de este parámetro, según lo indicado en el oficio DH- DAEC-0878-2017.

Cambios tecnológicos previsible

El Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 de la SUTEL no reseña cambios tecnológicos mayores en el mercado de telecomunicaciones móviles; se indica que en el corto plazo se espera un mayor desarrollo de la red 4G que permitiría ofrecer conexiones de internet más veloces.

De acuerdo con la resolución impugnada, el cambio tecnológico previsible es la implementación al 100% de la red 4G. Sin embargo, está es una tecnología que desde 2013 se implementó en el país. Según el Informe 06419-SUTEL-DGM-2016, el primero en implementar 4G fue el ICE y pocos meses después también lo lanzaron los operadores CLARO y MOVISTAR, de tal manera que todos los OMR lo utilizan. No obstante, la cobertura de ese servicio está concentrada en los cantones del área metropolitana.

En relación con 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,

8481-SUTEL-SCS-2017

dependiendo si ésta puede ser implementada por todos los proveedores o bien sólo por alguno o algunos de ellos" (p. 22).

Considerando lo anterior, la ampliación de la cobertura 4G no califica como cambio tecnológico previsible, pues la misma es una realidad desde el año 2013. Por lo demás, la situación prevista por la SUTEL para este mercado es que el mismo se mantenga sin cambios tecnológicos hasta los próximos 10 años (p. 96, 05971-SUTEL-DGM-2017).

Por tanto, considera la Defensoría que en su refutación la SUTEL no proporciona información adicional para variar el criterio sobre la valoración de este parámetro, según lo Indicado en el oficio DH-DAEC-0878-2017. Y lo que pretende es distraer la ampliación natural de la red 4G como un cambio tecnológico previsible para forzar este indicador a arrojar indicios de competencia, lo cual no es correcto.

Tendencias del mercado

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

Indica a SUTEL en la resolución impugnada que este parámetro al no presentar ningún tipo de cambio, simplemente resulta ser un dato del estado actual del mercado, más no un indicio de que no exista competencia por el hecho que se mantenga Invariable, siendo esa la interpretación desacertada que realiza la Defensoría.

Muy contrario a lo afirmado por SUTEL en la resolución impugnada debe indicarse que la Defensoría no está Interpretando por su cuenta los parámetros, el análisis que realiza se basa en la resolución RCS-082-2015 que establece como indicio de competencia: "El ingreso de nuevos proveedores que puede venir a favorecer la rivalidad y la competencia del mercado, mientras que la desaparición de proveedores puede generar una situación opuesta".

En el caso en que la SUTEL considere que la metodología y en particular este parámetro requiere de una nueva interpretación, debe así corregirlo mediante el procedimiento correspondiente ante el Consejo Directivo de la SUTEL, y no establecer interpretaciones ad hoc como se pretende en este caso, con lo cual se violentan los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en la Administración que estableció y divulgó una metodología de análisis específica.

En el informe de la SUTEL (05971-SUTEL-DGM-2017) se 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. Asimismo, se señala que no se vislumbran fusiones ni adquisiciones que pudieran tener lugar entre operadores móviles del mercado. Por tanto, la SUTEL concluyó que "no se anticipa que la dinámica competitiva pueda mejorar o empeorar en el corto plazo producto de una circunstancia de esa naturaleza" (p. 96). Consecuentemente, la Defensoría de los Habitantes mantiene la conclusión Indicada en el oficio DH-DAEC-0878-2017 en el sentido que la valoración de este parámetro no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

Evolución probable de ofertas comerciales

En la evaluación de este parámetro, el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017, señala que se espera 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- 2015, 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", (p. 23). 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.

En la resolución impugnada la SUTEL señala que, 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

8481-SUTEL-SCS-2017

ello se realiza un análisis de la evolución probable de la oferta comercial en este servicio. Lo anterior, según SUTEL, es evidencia de que efectivamente el informe puesto en consulta aplica y desarrolla adecuadamente esta variable, en apego a la metodología establecida.

No obstante, la Defensoría difiere con lo señalado por la SUTEL, dado que de los gráficos de los folios 211 (Gráfico 29: Evolución del consumo por mes por usuario de llamadas y datos, enero 2014 a noviembre 2016) y folio 212 (Gráfico 30: Proyección de la velocidad promedio de conexiones móviles a Internet en Latinoamérica, 2015-2020) no respaldan un análisis de la oferta comercial, el cual simplemente no se presenta en el Informe. Lo único que señala SUTEL es que "espera" que los operadores se trasladen hacia planes donde el acceso a internet se vuelva más relevante (a menos que esto corresponda con el concepto que tenga la SUTEL de evolución de la oferta comercial).

Cabe indicar que la SUTEL no presenta datos o proyecciones que respalden esa expectativa.

Debido a lo anterior, la Defensoría mantiene la conclusión emitida sobre este parámetro en el sentido de que el Informe no provee información suficientemente para poder concluir si existen o no indicios de competencia.

Tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores.

De acuerdo con el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 de la SUTEL los consumidores se inclinan por un aumento en el consumo de datos móviles y un menor consumo de servicios más tradicionales como la voz. Sin embargo, la información proporcionada en el Informe para valorar el parámetro no es suficientemente para poder concluir si existen o no indicios de competencia.

Sin embargo, en la resolución impugnada la SUTEL señala que "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". Asimismo, señala que los cuadros incluidos en los folios 213 y 214 (Gráfico 31 y Gráfico 32), son información suficiente para arribar a la conclusión que llega SUTEL. La Defensoría no comparte este argumento y concluye que a falta de información en el Informe en el apartado específico de este parámetro, no se dispone de la información suficientemente para poder concluir si existen o no indicios de competencia, según lo establece la resolución RCS-082-2015.

Tendencias históricas de los indicadores relevantes.

En la evaluación de este parámetro, según la resolución RCS-082-2015, el aspecto a considerar para determinar si existen indicios de competencia, 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," (p. 23). Sin embargo, ese análisis no fue realizado por SUTEL en el informe técnico puesto a consulta pública.

Para justificar que el parámetro muestra indicios de competencia, la SUTEL en el Informe 05971-SUTEL-DGM-2017 retoma la evolución de las cuotas de mercado las cuales muestran que el mayor operador, el ICE, pasó de tener el 100% en el año 2010 al 58% en el año 2015 y de 53% en el año 2016. Para el año 2016, la cuota de Claro es del 20%, la cuota de Movistar es del 26% y la cuota de los OMV, en conjunto, suman 1% del mercado. Sin considerar que a pesar de la reducción en la cuota del mayor operador la misma continúa siendo alta en relación con los parámetros internacionales según la resolución RCS-082-2015, la cual hace referencia a la Comisión Europea donde se indica que empresas con cuotas inferiores al 25% no es probable que ocupen una posición dominante (individual) en el mercado y que la inquietud por una posición dominante individual sólo puede plantearse en el caso de empresas con cuotas de mercado superiores al 40% y que: "según jurisprudencia reiterada [en la Unión Europea], las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas -superiores al 50%- atestiguan por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, la existencia de una posición dominante". (Resolución RCS-082-2015, p.14).

El análisis requerido por la metodología se refiere a tendencias comerciales y de consumo. En este aspecto, la metodología de la resolución RCS-082-2015 establece que los indicios de competencia se observan si la información sobre las tendencias comerciales y de consumo evidencian un cambio significativo de mercado que está en proceso e impactará la competencia en el corto o mediano plazo. Este análisis no se realiza en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 y por lo tanto, la Defensoría de los Habitantes mantiene la conclusión indicada en el oficio DH- DAEC-0878-2017 en el sentido que no se presenta la información suficiente para valorar este parámetro.

8481-SUTEL-SCS-2017

Cabe indicar que, al igual que con otros parámetros, en la resolución impugnada SUTEL hace su particular interpretación de la metodología vigente de formar tan amplia que en realidad, termina por separarse de está.

Asignación de concesiones adicionales de espectro.

Uno de los aspectos a considerar en la valoración de este parámetro 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, como reconoce la SUTEL en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017 y la resolución impugnada, 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, "(p. 23).

Según la metodología vigente (RCS-082-2015) el indicador requerido para valorar este parámetro se refiere a "Concesiones de espectro previsibles de ser efectuadas en el corto plazo", situación que no es posible como hemos visto, al estar asignado en su totalidad el espectro disponible para telefonía móvil.

Sin embargo, lo indicado por la SUTEL respecto a la asignación del espectro restante entre Claro y Movistar no cambia el fondo de la problemática: en el corto y mediano plazo no se dispone de espectro concesionar, de manera que según dispone la resolución RCS-082-2015, la valoración del parámetro no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado, según se indicó en el oficio DH-DAEC-0878-2017.

Cabe indicar que, al igual que con otros parámetros, en la resolución impugnada y en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017, la SUTEL hace su particular interpretación de la metodología vigente de formar tan amplia que en realidad, termina por separarse de está.

Acciones regulatorias

La SUTEL indica que en este criterio "la Defensoría expresa estar de acuerdo con el abordaje realizado por SUTEL."

La conclusión a la que llega la Defensoría respecto a este parámetro es la siguiente: "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" (p. 23). En este sentido, según la Información brindada por la SUTEL en su estudio, este parámetro muestra indicios de competencia".

Sobre la existencia de dominancia conjunta

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".

Entre los elementos señalados por la SUTEL en esa oportunidad, para calificar este mercado como oligopólico se citaban: la alta concentración del mercado, la madurez del mercado lo cual limita sensiblemente su crecimiento, la existencia de productos homogéneos, la falta de competencia potencial, la "inelasticidad de la demanda por estos servicios, las cuotas de mercados, el bajo nivel de cambio tecnológico, la ausencia o baja intensidad de competencia de precios, entre otros aspectos. Por tanto, en ese momento, concluyó la SUTEL que el mercado contiene "todas las características necesarias para considerarlo como un mercado en el que se presente una situación de dominancia conjunta".

A pesar de lo anterior, en el nuevo informe (05971-SUTEL-DGM-2017), manifestó 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.

8481-SUTEL-SCS-2017

La Defensoría realizó un análisis de ambos documentos encontrando que 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, es claro que no surgieron nuevos criterios ni argumentos significativos para que variar la conclusión sobre dominancia conjunta emitida informe 6419-SUTEL-DGM-2016 del noviembre del año pasado.

Peor aún, en la resolución impugnada, la SUTEL no analiza en detalle los argumentos de la Defensoría y se limita a externar su criterio buscando justificar la necesidad de declarar el mercado minorista de telefonía móvil en competencia efectiva. Es evidente que al emitir la resolución impugnada la SUTEL carece de elementos prácticos nuevos que le permitan refutar con éxito, los cuestionamientos de la Defensoría sobre este aspecto. Sin ningún argumento técnico ni fáctico que demuestre sus aseveraciones, SUTEL se limite a dar su opinión, la cual ya había vertido en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017.

En la oposición presentada ante SUTEL mediante oficio DH-DAEC-0878-2017, la Defensoría de los Habitantes advirtió al Consejo de la SUTEL que, si llegase a aprobar una declaratoria de competencia efectiva del mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles con base en el estudio No. 05971-SUTEL-DGM-2017, ese órgano colegiado estaría incurriendo en un acto administrativo severamente viciado en su motivo. Con la finalidad de que los miembros del Consejo tengan clara la situación, se transcribe a continuación lo planteado por la Defensoría en esa oportunidad:

(...)

El análisis realizado por la Defensoría en la presente impugnación, revela que, efectivamente, la declaratoria de competencia efectiva del mercado minorista y demás decisiones contenidas en la resolución RCS-248-2017, padecen falencias insubsanables que desembocan en la nulidad absoluta de lo resuelto. Esas falencias se presentan en el análisis de la mayoría de los parámetros que utilizó la SUTEL para llegar a la conclusión del mercado en cuestión está en competencia efectiva y se sintetizan a continuación:

- Estructura de mercado. Participantes del mercado: El indicador revela que tres operadores OMR que acaparan el 99% del mercado y dos operadores virtuales (OMV) con el 1% del mercado resultado que no es suficiente para que el mercado sea competitivo, sino que la estructura que presenta es de tipo oligopólico y requiere de regulación para evitar posibles prácticas monopolísticas en detrimento de los derechos e intereses de los usuarios: Incongruencia entre el motivo del acto y el contenido de éste.

- Estructura de mercado. Participación de mercado: La resolución RCS-082-2015 ordena 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). En cuanto a la homogeneidad, tampoco la resolución de SUTEL cumple con lo ordenado en la metodología: Incongruencia entre el motivo del acto y el contenido de éste.

- Estructura de mercado. Concentración de mercado: El HHI del mercado relevante para el año 2016 fue de 3.891 (superior a 3000). La resolución RCS-082-2015 establece que $HHI > 2.500$: es indicador de un mercado concentrado. En ningún momento la metodología establece que la tendencia decreciente del IHH es un elemento de indicio de competencia, aunque SUTEL utiliza ese argumento para obviar los resultados del IHH y la valoración que ordena la metodología vigente: Doble vicio: Incongruencia entre el motivo del acto y el contenido de éste y flagrante ilegalidad al separarse SUTEL de lo establecido en la metodología, que forzosamente debe utilizar para valorar todos y cada uno de los componentes del análisis para determinar la existencia o no de competencia efectiva en el mercado relevante.

Es pertinente aquí para la Defensoría advertirle a los miembros del Consejo de la SUTEL que esta ilegalidad es recurrente en toda la resolución impugnada, tal y como lo expone la Defensoría a lo largo del documento: En lugar de demostrar con claridad que la condición del mercado en análisis cumple a cabalidad con lo establecido en la resolución RCS-082-2015, SUTEL hace su propia interpretación de lo establecido en la metodología al punto que lo dispuesto en ésta no guarda relación alguna con la conclusión

8481-SUTEL-SCS-2017

a la que llega SUTEL o la interpretación de la SUTEL prácticamente se constituye en un nuevo parámetro distinto de lo contemplado en la metodología.

*Al respecto, es clara la violación del principio de legalidad en todos y cada uno de esos planteamientos de la SUTEL, al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley General de la Administración Pública:
(...)*

Desaplicar para el caso concreto la resolución RCS-082-2015. Eso es precisamente lo que SUTEL hizo a lo largo de toda la resolución impugnada, viciando de ilegalidad cada valoración de existencia de indicio de competencia efectiva que haya realizado con base en su particular interpretación del parámetro regulado en la metodología o simplemente haciendo caso omiso de lo establecido en ésta.

-Comportamiento reciente de los participantes del mercado. Rivalidad del mercado a nivel de precio: Al analizar este criterio, SUTEL omitió deliberadamente información que demostraba que el efecto de reducción de precios NO es producto de que el mercado esté en competencia efectiva, sino de otras circunstancias: Incongruencia entre el motivo y el contenido del acto y desviación de poder en los términos del último párrafo del artículo 131 de la LGAP.

-Comportamiento reciente de los participantes del mercado. Rivalidad del mercado en factores no relacionados con el precio: 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". Doble vicio: Incongruencia entre el motivo del acto y el contenido de éste y flagrante ilegalidad al separarse SUTEL de lo establecido en la metodología, que forzosamente debe utilizar para valorar todos y cada uno de los componentes del análisis para determinar la existencia o no de competencia efectiva en el mercado relevante.

- Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumos. 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 por el Consejo de SUTEL: Vicio en el motivo del acto por insuficiencia de información e ilegalidad porque la valoración del parámetro "Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumos" no considera los indicadores establecidos en la metodología, apartarse de la resolución RCS-082-2015

- Poder compensatorio de la demanda. En el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 se llegó a la conclusión de que, debido a las características de la mayor parte de los usuarios del servido, el poder compensatorio de la demanda que existe en este mercado es bajo. Esta conclusión se mantiene en el informe 05971-SUTEL-DGM-2017. La valoración del parámetro "Poder compensatorio de la demanda" no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles. Vicio en el motivo del acto por insuficiencia de información.

- Barreras de entrada al mercado. Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución. Los costos financieros calificados como altos por la SUTEL, sí constituyen una limitante relevante para el ingreso de nuevos competidores al mercado.

Si bien, los actuales operadores si 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

8481-SUTEL-SCS-2017

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. Vicio en el motivo del acto.

- Economías de escala y de alcance: En el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 se indicaba que el hecho de que las redes móviles poseen economías de escala y alcance, representa una ventaja significativa para los operadores ya establecidos del mercado, de tal manera que esto constituye una alta barrera de entrada para nuevos operadores. El informe advertía que las altas economías de escala podrían llegar a desincentivar la entrada de nuevos operadores virtuales que, por ofrecer un servicio en una escala inferior, dejan de percibir las ventajas que tienen los actuales OMR del mercado. (RCS-265-2016, folio 0048). Estas consideraciones son recogidas en el informe 05971- SUTEL-DGM-2017; sin embargo, se señala adicionalmente, que las economías de escala y alcance no constituyen una ventaja significativa entre los operadores ya establecidos. A pesar de lo indicado por la SUTEL 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. Doble vicio: Incongruencia entre el motivo del acto y el contenido de éste y flagrante ilegalidad al separarse SUTEL de lo establecido en la metodología vigente.

- Monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida. 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), (p. 21). 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: Incongruencia entre el motivo del acto y el contenido de éste

- Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos. 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. 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: Vicio de incongruencia en el motivo y el contenido del acto.

- Inversión en publicidad. 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, "(p. 21). 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: Doble vicio: Incongruencia entre el motivo del acto y el contenido de éste y flagrante ilegalidad al separarse SUTEL de lo establecido en la metodología vigente.

- Limitaciones de la competencia en los mercados internacionales. La información proporcionada en el Informe que da sustento a la resolución impugnada es insuficiente para valorar el parámetro "Limitaciones

8481-SUTEL-SCS-2017

de la competencia en los mercados internacionales," no considera los indicadores establecidos en la metodología y no proporciona información suficientemente para poder concluir si existen o no indicios de competencia: Vicio en el motivo del acto por falta de información

- Actos de autoridades estatales o municipales que discriminen entre operadores o proveedores. 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: Vicio de incongruencia entre el motivo y el contenido del acto.

- Acceso de los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones. 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. Vicio de incongruencia entre el motivo y el contenido del acto.

- Accesibilidad de los precios: Según la resolución RCS-082-2015, la presencia de indicios de competencia bajo este parámetro debe determinarse a través de la tendencia decreciente de los precios, pues ésta 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). La SUTEL no aporta la información necesaria para hacer la valoración del parámetro: Vicio en el motivo del acto

- Satisfacción de los clientes con los servicios. La resolución impugnada, la SUTEL no presenta argumentos técnicos para refutar lo indicado por la Defensoría en este aspecto. Al evaluar el nivel de satisfacción para todo el mercado, según la Información presentada por SUTEL, se observó 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%. De manera que 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: Vicio en el motivo del acto

-Cambios tecnológicos previsibles.

La SUTEL no proporciona información adicional para variar el criterio sobre la valoración de este parámetro, según lo indicado en el oficio DH-DAEC-0878-2017: Vicio en el motivo del acto

- Tendencias del mercado. Anuncios del ingreso o salida de operadores del mercado y de fusiones y adquisiciones. Indica a SUTEL que este parámetro al no presentar ningún tipo de cambio, simplemente resulta ser un dato del estado actual del mercado, más no un indicio de que no exista competencia por el hecho que se mantenga Invariable, siendo esa la Interpretación desacertada que realiza la Defensoría. SUTEL se aparta por la vía de la interpretación de la resolución RCS-082-2015: Vicio de ilegalidad (artículo 13 Ley General de la Administración Pública)

- Evolución probable de ofertas comerciales: La valoración de este parámetro, según la metodología aprobada en la resolución RCS-082-2015, 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". (p. 23). 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. SUTEL se aparta por la vía de la interpretación de la resolución RCS-082-2015: Doble vicio: Ilegalidad por apartarse de su propia

8481-SUTEL-SCS-2017

metodología (artículo 13 Ley General de la Administración Pública) y vicio en el motivo del acto por insuficiente información.

- Tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores. SUTEL no aportó información que demostrara el fundamento de sus afirmaciones. Vicio en el motivo del acto por insuficiente información.

- Tendencias históricas de los indicadores relevantes. Al Igual que con otros parámetros, en la resolución impugnada SUTEL hace su particular interpretación de la metodología vigente de forma tan amplia que en realidad, termina por separarse de está. Vicio de ilegalidad por apartarse de su propia metodología (artículo 13 Ley General de la Administración Pública).

- Asignación de concesiones adicionales de espectro. En este aspecto, lo argumentado por SUTEL en la resolución Impugnada no cambia la realidad: en el corto y mediano plazo no se dispone de espectro concesionar, de manera que según dispone la resolución RCS-082- 2015, la valoración del parámetro no proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado, según se indicó en el oficio DH-DAEC-0878-2017. Vicio de incongruencia entre el motivo y el contenido del acto.

- Sobre la existencia de dominancia conjunta. El análisis de los estudios técnicos de SUTEL del 2016 y del 2017 a la luz de la metodología establecida por el Consejo de SUTEL en la resolución RCS-082-2015, es claro que no surgieron nuevos criterios ni argumentos significativos para que variar la conclusión sobre dominancia conjunta emitida informe 6419- SUTEL-DGM-2016 del noviembre del año pasado. Además, en la resolución impugnada, la SUTEL no analiza en detalle los argumentos de la Defensoría y se limita a externar su criterio buscando justificar la necesidad de declarar el mercado minorista de telefonía móvil en competencia efectiva. Es evidente que al emitir la resolución impugnada la SUTEL carece de elementos prácticos nuevos que le permitan refutar con éxito, los cuestionamientos de la Defensoría sobre este aspecto, Sin ningún argumento técnico ni fáctico que demuestre sus aseveraciones, SUTEL se limite a dar su opinión, la cual ya había vertido en el informe 05971- SUTEL-DGM-2017: Grave vicio de incongruencia entre el motivo y el contenido del acto.

e. Sobre la pretensión del recurrente

Mediante el recurso de reposición y nulidad concomitante interpuesto por la Defensoría de los Habitantes en fecha 27 de setiembre de 2017, a través de documento con número de ingreso NI-11005-2017 (DH-DAEC-2017), dicho órgano peticiona lo siguiente:

"V. PETITORIA

*Con base en las consideraciones técnicas y de derecho desarrolladas en el presente libelo, se solicita respetuosamente al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones **DECLARAR CON LUGAR EL PRESENTE RECURSO DE REVOCATORIA O REPOSICIÓN y NULIDAD CONCOMITANTE** contra la resolución RCS-248-2017 del artículo 004-067-2017 de la Sesión Ordinaria N° 67-2017, celebrada por el Consejo de la SUTEL el 18 de setiembre de 2017 y en consecuencia se revoque o anule la resolución RCS-248-2017, de manera que se mantenga la regulación tarifaria en el mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles, no se declare en competencia efectiva este mercado y se mantenga el "Servicio minorista de telecomunicaciones móviles" en la lista de mercados relevantes sujetos de regulación ex-ante.*

El análisis exhaustivo realizado supra demuestra que la resolución impugnada padece serios e insubsanables vicios en su motivo, de incongruencia entre el motivo y el fin del acto, y de ilegalidad por violentar, separarse o interpretar más allá de lo dispuesto en la resolución RCS-082-2015 de la propia SUTEL, todo lo cual hace que la resolución RCS-248-2017 padezca de nulidad absoluta que debe ser así declarada por esa Superintendencia.

Con base en lo anterior, y al tenor de lo establecido en los artículos 13, 16, 128 y siguientes y concomitantes de la Ley General de la Administración Pública, la Defensoría de los Habitantes solicita a la SUTEL anular y dejar sin efecto la resolución impugnada.

(...)"

II. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS:

8481-SUTEL-SCS-2017

De seguido se analizan los alegatos presentados por la Defensoría de los Habitantes en contra de la Resolución del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones N° RCS-248-2017 denominada “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”.

1. Análisis de los alegatos de la Defensoría de los Habitantes sobre la evaluación de los parámetros de la resolución RCS-082-2017, realizada por la SUTEL en el informe 05971-SUTEL- DGM-2017, fundamento de la resolución RCS-248-2017 impugnada.

La metodología contenida en la resolución RCS-082-2015 “Metodología para el análisis del grado de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones” aprobada por el Consejo de la SUTEL el 13 de mayo de 2015, establece los parámetros, su descripción, los indicadores y la interpretación de los mismos para hallar indicios de competencia efectiva e indicios de dominancia conjunta en los mercados de telecomunicaciones y constituyen aspectos que debe aplicar todo estudio de la SUTEL para determinar las condiciones de mercado y el grado de competencia prevaleciente en los mercados de telecomunicaciones.

Asimismo, en el análisis contenido en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 se integran los insumos relevantes que proporciona el Informe 06419-SUTEL-DGM-2016 del 21 de agosto de 2016, “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 análisis del Informe 05971-SUTEL-DGM-2017, que da sustento metodológico a la resolución RCS-082-2015, la Defensoría concluye que; “el mercado minorista de las telecomunicaciones de servicios móviles no cuenta con las condiciones para establecer competencia efectiva”. Y agrega que de la información contenida en el Informe 05971-SUTEL- DGM-2017, “es prácticamente la misma que la del Informe 06419-SUTEL-DGM-2016 donde la SUTEL concluía que el mercado no se encontraba en competencia efectiva y que reunía las características necesarias para presentar una situación de dominancia conjunta. Sin embargo, con base en la misma información y con algunos datos adicionales, en el informe 05971-SUTEL- DGM-2017, la SUTEL llega a conclusiones diametralmente opuestas”.

Agrega que, “varios de los resultados de los parámetros que, a juicio de la SUTEL, muestran indicios de competencia efectiva, han sido forzados por la propia SUTEL para llegar a dicha conclusión. Incluso se excluye información importante que estaba presente en la resolución 06419-SUTEL- DGM-2016 y que no respaldaba la tesis de competencia efectiva. Asimismo, la SUTEL realiza interpretaciones de los parámetros definidos en la resolución RCS-082-2015 no acordes con la técnica y lo establecido en la misma resolución metodológica, para concluir que existe competencia efectiva en el mercado. En otras ocasiones utiliza indicadores diferentes a los definidos en la resolución RCS-082-2015 con la finalidad de apoyar la propuesta de competencia efectiva”.

Por lo que a su criterio “la SUTEL ha violentado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en la Administración dado que la resolución RCS-082-2015 fue publicada y puesta en manos de los interesados para hacer del conocimiento del mercado, cuáles eran los parámetros que se aplicarían, la descripción de los mismos, los indicadores para evaluarlos y los criterios de indicios de competencia asociados a esos parámetros”.

Sobre los elementos anteriores es necesario indicar que la Defensoría de los Habitantes no aporta prueba que demuestre la diferencia en la aplicación de los indicadores y parámetros definidos en la resolución RCS-082-2015 y los parámetros, descripción, indicadores y criterios de evaluación, aplicados en el análisis sobre el que la SUTEL fundamentó su resolución RCS-248-2017.

El informe 5971-SUTEL-DGM-2017, que sustenta la RCS-248-2017, se apega a la metodología definida en la RCS-082-2015 como bien lo evidencia la estructura y parámetros de análisis contenidos en dicho informe, así del mero contraste entre lo definido en la RCS-082-2015 y lo analizado en la RCS-248-2017 se desprende que la SUTEL se apegó a la metodología establecida.

Del análisis del acto impugnado se encuentra que la SUTEL no realiza interpretaciones sobre los parámetros empleados ni fuerza ningún parámetro particular para llegar a un resultado específico, sino que se limita a analizar la información relativa a cada indicador llegando a una conclusión general sobre el grado de competencia del mercado a partir del análisis integral de los distintos indicadores analizados.

8481-SUTEL-SCS-2017

Si bien la Defensoría no comparte el criterio de la SUTEL sobre la valoración que se lleva a cabo en relación con distintos parámetros, esto no da pie para que se afirme, que la SUTEL fuerza los resultados o realiza interpretaciones de los mismos. El informe 7708-SUTEL-DGM-2017, que responde a las observaciones recibidas en el proceso de consulta pública, detalla el por qué las interpretaciones hechas por la Defensoría en relación con diferentes parámetros no son de recibo, toda vez que se apartan de la técnica usual e internacionalmente aceptada en la materia, como se desarrolla con más detalle adelante, así las cosas la conclusión de la SUTEL sobre cada parámetro no sólo está respaldada por lo establecido en la metodología RCS-082-2015 sino también en las buenas prácticas regulatorias aplicadas en materia de telecomunicaciones.

Tampoco se llega a demostrar o evidenciar que en el Informe 7708-SUTEL-DGM-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, se excluyera “deliberadamente” información relevante para el análisis, tal y como se afirma por el recurrente. De tal forma, que en dicho informe constan las fuentes, los estudios, la información relevante y los anexos, como parte del documento puesto en consulta. En ese sentido no se encuentra ningún indicio que demuestre o permita concluir tal omisión y menos que se demuestre una intención deliberada de excluir información relevante del informe, tal y como lo afirma erróneamente la Defensoría.

Por lo anterior, se concluye que la SUTEL no ha violado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en la administración, por lo que el análisis del informe 5971-SUTEL-DGM-2017 es conforme a los parámetros definidos en la RCS-082-2015 y el marco legal aplicable a este tipo de análisis, así como las mejores prácticas internacionales en materia de revisión de mercados relevantes de telecomunicaciones.

Sobre la errada conclusión a la que llega la Defensoría de los Habitantes de considerar los informes contenidos en los oficios 6419-SUTEL-DGM-2016 y 5971-SUTEL-DGM-2017 como documentos “diametralmente opuestos”, conviene aclarar lo siguiente:

- 1. El Informe 6419-SUTEL-DGM-2016, responde al proceso de consulta realizado por la SUTEL, entre el 07 de octubre de 2016 y el 09 de noviembre de 2016, mediante Acuerdo N° 005-055-2016 de la sesión ordinaria 055-2016 celebrada el 04 de octubre de 2016, denominado: “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. Como resultado del proceso de consulta pública, se recibieron observaciones y se aportó información con la que no contaba SUTEL anteriormente. Así las cosas, es razonable, metodológicamente correcto y legalmente procedente que la SUTEL valore todos los argumentos y aportes recibidos en el marco de la consulta pública, esto con el objetivo de que el proceso definido en el artículo 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones en relación con el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública, realmente se convierta en un proceso abierto por parte de la administración.*
- 3. En virtud de lo anterior el Consejo de la SUTEL valoró y resolvió mediante la RCS-265-2016: “ORDENAR a la Dirección General de Mercados que, a más tardar al cierre del primer cuatrimestre del año del 2017, amplíe la propuesta contenida en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 en relación con el mercado 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”.*
- 4. Por lo anterior el segundo oficio 5971-SUTEL-DGM-2017, reflejó nuevos hallazgos y recomendaciones con respecto al primer Informe puesto en consulta. Cabe señalar, que el contexto del mercado también varió en algunos aspectos, producto del dinamismo del mercado y de determinadas acciones regulatorias ejecutadas por la SUTEL, siendo la obligación del Regulador la de promover la competencia según lo definido en el artículo 2 inciso e) de la Ley 8642.*

En el siguiente cuadro se presentan las conclusiones a las que se llegó en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016, a saber:

Cuadro 1. Resumen de los Resultados del Informe 6419-SUTEL-DGM-2016.

Parámetro	Resultado	Impacto
-----------	-----------	---------

8481-SUTEL-SCS-2017

Estructura de Mercado		
1.1 Participantes del mercado	5 operadores, cantidad que es similar a otros países	Positivo
1.2 Participación de mercado	Cuota de mercado del ICE ha bajado hasta ubicarse en niveles similares a los operadores incumbentes de mercados con más años de apertura	Positivo
1.3 Concentración de mercado	Se ha alcanzado una concentración cercana a países que cuentan con una mayor cantidad de años de apertura	Positivo
1.4 Comportamiento reciente de los participantes del mercado	Postpago: Baja en los precios de los planes, impulsado principalmente por una baja en el precio del servicio de internet. Prepago: Precios de referencia no han bajado	Mixto: Positivo para postpago Negativo para prepago
	Dinámica competitiva guiada por el ICE, no hay evidencia clara de que CLARO y MOVISTAR pueden actuar como contrapeso de un eventual abuso del ICE	Negativo
	Oferta comercial se ha diversificado significativamente en postpago	Mixto: Positivo para postpago Negativo para prepago
	El número de denuncias por prácticas monopolísticas no ha sido desproporcionado	Positivo
1.5 Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumos	Altos cargos de interconexión, obstáculos para el despliegue de infraestructura, desequilibrio en el espectro asignado para ofrecer nuevos servicios	Negativo
1.6 Poder compensatorio de la demanda	El poder compensatorio de la demanda que existe en este mercado es bajo	Negativo
1.7 Costos de cambio de operador (switching cost)	Existen algunas barreras de salida para que el usuario cambie de operador como los contratos con cláusulas de permanencia mínima	Mixto: Negativo para postpago Positivo para prepago
1.8 Rentabilidad	No existe evidencia de que los operadores puedan estar obteniendo una rentabilidad desproporcionada	Positivo
Barreras de entrada		
2.1 Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución	Los costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución constituyen una alta barrera de entrada para nuevos operadores	Mixto Afectaría el ingreso de un 4to operador, no tiene impacto sino ingresa un nuevo operador
2.2 Economías de escala y alcance	Las economías de escala y alcance de las redes de los operadores ya establecidos constituyen una alta barrera de entrada para nuevos operadores	Mixto Afectaría el ingreso de un 4to operador, no tiene impacto sino ingresa un nuevo operador
2.3. Monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida	El costo de desplegar una red de telecomunicaciones móviles es muy alto	Mixto Afectaría el ingreso de un 4to operador, no tiene impacto sino ingresa un nuevo operador
2.4. Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos	Para prestar el servicio se requiere una concesión de espectro radioeléctrico	Mixto Afectaría el ingreso de un 4to operador, no tiene impacto sino ingresa un nuevo operador
2.5 Inversión en publicidad	El gasto en publicidad que realiza una empresa de telecomunicaciones es muy alto lo que disuade la entrada de otros agentes	Mixto Afectaría el ingreso de un 4to operador, no tiene impacto sino ingresa un nuevo operador
2.6 Limitaciones a la competencia en los mercados internacionales	No hay limitaciones a la competencia en los mercados internacionales	Positivo
2.7. Actos de autoridades estatales o municipales	Se podrían estar presentando algunos actos de instituciones que tratan de manera desigual a los operadores	Negativo

8481-SUTEL-SCS-2017

que discriminen entre operadores o proveedores		
Beneficios obtenidos por los usuarios		
3.1. Acceso de los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones	Si bien hay información disponible existen una serie de elementos que dificultan la elección que puede hacer el usuario final	Mixto Existe información, pero está dispersa
3.2. Accesibilidad de los precios	Los precios servicios de telecomunicaciones móviles se ubican dentro del rango de asequibilidad establecido por la UIT (5%)	Positivo
3.3. Oferta disponible de servicios	La oferta post-pago de los operadores es muy diversificada, no se puede afirmar lo mismo de la oferta pre-pago. Esta circunstancia parece a su vez tener un impacto en los niveles de consumo de los usuarios costarricenses	Mixto: Positivo para postpago Negativo para prepago
3.4 Satisfacción de los clientes con los servicios	Los usuarios parecen estar satisfechos con el servicio que reciben	Positivo
Análisis Prospectivo del Mercado		
4.1 Cambios tecnológicos previsibles	Expansión de la cobertura de las redes 4G	Positivo
4.2 Tendencias del mercado	No se anticipa el ingreso ni la salida de operadores del mercado	Neutral El mercado permanece como está
	Escasa innovación en conexiones a internet móvil bajo la modalidad prepago	Negativo
	Nivel de concentración continuará disminuyendo	Positivo
4.3 Asignación de concesiones adicionales de espectro	No se considera el ingreso de un operador adicional al mercado	Neutral El mercado permanece como está
4.4. Acciones regulatorias	La modificación del cargo de terminación móvil debería contribuir a mejorar la dinámica competitiva del mercado	Positivo

En el siguiente cuadro se presentan las conclusiones a las que se llegó en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017, a saber:

Cuadro 2. Resumen de los Resultados del Informe 5971-SUTEL-DGM-2017.

Parámetro	Estado Actual	Impacto
Estructura de Mercado		
1.1 Participantes del mercado	3 operadores móviles de red lo que coincide con el promedio de operadores móviles de una muestra de países comparables. Además, se cuenta con 2 OMV.	Positivo
1.2 Participación de mercado	Cuota de mercado del ICE bajó en 2016, hasta ubicarse en 53%, es decir 5 puntos porcentuales menos que en 2015.	Positivo
1.3 Concentración de mercado	Concentración de mercado continúa bajando, hasta ubicarse en 3.797 puntos.	Positivo
1.4 Comportamiento reciente de los participantes del mercado	Precio promedio de las <u>llamadas</u> se ubica un 24% por debajo del tope tarifario en 2016. Precio promedio del <u>MB</u> se ubica un 43% por debajo del tope tarifario en 2016.	Positivo
	Actualmente existe evidencia de una política comercial diferenciada entre operadores, ejemplo de ello son las siguientes acciones: 1- empleo de la política de uso justo,	Positivo

8481-SUTEL-SCS-2017

	2- beneficios de las promociones prepago, 3- condiciones de calidad del servicio, 4- inversión en redes 3G y 4G	
	Oferta comercial se ha diversificado significativamente, aumento de planes, paquetes y promociones.	Positivo
	El número de denuncias por prácticas monopolísticas no ha sido desproporcionado	Positivo
1.5 Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumos	Mediante RCS-244-2016 se estableció un "glide path" para la disminución del cargo de interconexión, el cual hoy representa un 43% del tope máximo. El concurso 2016LI-000002-SUTEL para la licitación de espectro permitirá equilibrar este recurso esencial para ofrecer servicios de mayor calidad.	Positivo
1.6 Poder compensatorio de la demanda	El poder compensatorio de la demanda que existe en este mercado es bajo, sin embargo, el dotar de mayor información a los usuarios, como se ha venido haciendo desde 2016, aumenta el nivel competitivo del mercado.	Negativo
1.7 Costos de cambio de operador (switching cost)	La RCS-253-2016 eliminó el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima que venían representando barreras de salida para el usuario.	Positivo
1.8 Rentabilidad	No existe evidencia de que los operadores puedan estar obteniendo una rentabilidad desproporcionada	Positivo
Barreras de entrada		
2.1 Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución	Los costos financieros de desarrollar canales alternativos son altos, sin embargo, esto no impidió el ingreso de nuevos operadores al mercado	Neutral Se conoce el resultado de la licitación de espectro y se sabe que no va a ingresar un 4to operador al mercado
2.2 Economías de escala y alcance	Existen economías de escala y alcance de las redes de los operadores ya establecidos, sin embargo, estas han tendido a equilibrarse	Neutral Se conoce el resultado de la licitación de espectro y se sabe que no va a ingresar un 4to operador al mercado
2.3. Monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida	El costo de desplegar una red de telecomunicaciones móviles es alto, pese a ello los nuevos operadores desplegaron sus propias redes e incluso se encuentran en periodo de amortización de dichas inversiones.	Neutral Se conoce el resultado de la licitación de espectro y se sabe que no va a ingresar un 4to operador al mercado
2.4. Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos	Para prestar el servicio se requiere una concesión de espectro radioeléctrico	Neutral Se conoce el resultado de la licitación de espectro y se sabe que no va a ingresar un 4to operador al mercado
2.5 Inversión en publicidad	El gasto en publicidad que realiza una empresa de telecomunicaciones es muy alto.	Neutral Se conoce el resultado de la licitación de espectro y se sabe que no va a ingresar un 4to operador al mercado
2.6 Limitaciones a la competencia en los mercados internacionales	No hay limitaciones a la competencia en los mercados internacionales. En ese sentido hay que reconocer que la presencia regional de dos operadores del mercado les otorga una ventaja competitiva en relación con el acceso a insumos relevantes, sin embargo, esto no implica una desventaja para el ICE.	Positivo

8481-SUTEL-SCS-2017

2.7. Actos de autoridades estatales o municipales que discriminen entre operadores o proveedores	Se podrían estar presentando algunos actos de instituciones que tratan de manera desigual a los operadores, sin embargo, la Contraloría General de la República ha emitido una directriz sobre el proceso de compras públicas de servicios de telecomunicaciones, adicionalmente el Ministerio de Hacienda ha iniciado un proceso de capacitación a instituciones públicas sobre sus procesos de contratación administrativa, situaciones que mitigan el problema encontrado.	Negativo
Beneficios obtenidos por los usuarios		
3.1. Acceso de los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones	En 2016 SUTEL inicia la publicación de los informes de calidad de redes, con el objetivo de dotar al usuario de mayor información. Asimismo, se encuentra en proceso de contratación de un sistema que le facilite al usuario la comparación de ofertas comerciales de los operadores (proyecto M-4 Sistema de información para precios los servicios de telecomunicaciones)	Positivo
3.2. Accesibilidad de los precios	Los precios de los paquetes de telecomunicaciones móviles son asequibles, sin embargo, los paquetes de mayor asequibilidad son los más pequeños, lo que ha hecho que los usuarios estén actualmente centrados en paquetes de baja velocidad de internet.	Positivo
3.3. Oferta disponible de servicios	La cobertura de las redes ha venido en aumento, lo que le permite a más usuarios acceder a servicios móviles. La oferta de los operadores se ha venido diversificando. En el segmento prepago a partir de 2016 empiezan a aparecer "paquetes" de servicios más variados.	Positivo
3.4 Satisfacción de los clientes con los servicios	Las encuestas de percepción y calidad del servicio muestran un nivel aceptable de satisfacción del usuario de telefonía móvil con el servicio recibido	Positivo
Análisis Prospectivo del Mercado		
4.1 Cambios tecnológicos previsibles	Expansión de la cobertura de las redes 4G, se ubica en un 46% en 2016	Positivo
4.2 Tendencias del mercado	No se anticipa el ingreso ni la salida de operadores del mercado	Neutral
	Ha mejorado la innovación en conexiones a internet móvil. Servicio 4G permite ofrecer velocidad superior a 3G	Positivo
	Nivel de concentración continuará disminuyendo	Positivo
4.3 Asignación de concesiones adicionales de espectro	El espectro que se asignará mediante el concurso 2016LI-000002-SUTEL permitirá no sólo mejorar la distribución actual de espectro radioeléctrico sino también mejorar los servicios y la calidad de los mismos. Asimismo, se espera que el encendido digital libere espectro en la banda de 700 MHz el cual posteriormente podrá ser asignado a servicios IMT.	Positivo
4.4. Acciones regulatorias	La modificación del cargo de terminación móvil debería contribuir a mejorar la dinámica competitiva del mercado	Positivo

Del somero análisis comparativo de los cuadros anteriores, se podría llegar a concluir que para un mismo indicador se llega a conclusiones diferentes. No obstante, el análisis debe agregar la información adicional presentada en el proceso de consulta y el nuevo contexto regulatorio y competitivo en relación con determinados aspectos (que se analizan de seguido), que hacen llegar a conclusiones distintas.

A continuación, se enumeran las variables que sufrieron cambios en el análisis producto del contexto actual del mercado de las telecomunicaciones en el país, entre el año 2016 y 2017. Son los cambios que en el entorno regulatorio y

8481-SUTEL-SCS-2017

competitivo del mercado los que llevan a agregar nuevas conclusiones en el Informe 5971-SUTEL-DGM-2017, adoptadas finalmente en la RCS-248-2017.

En el siguiente cuadro se compara los parámetros sobre los que se basó el análisis de ambos informes, a saber:

Cuadro 3. Comparación de los parámetros en los Informes 6419-SUTEL-DGM-2016 y 5971-SUTEL-DGM-2017.

Parámetro	Informe 6419-SUTEL-DGM-2016 del 31 de agosto de 2016	Informe 5971-SUTEL-DGM-2017 del 21 de julio de 2017
Estructura de Mercado		
1.4 Comportamiento reciente de los participantes del mercado	Precios servicio prepago pegados al tope	Los precios efectivos de los servicios de llamadas y datos han disminuido, 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
	Dinámica competitiva del mercado guiada por el ICE, considerando acciones de los años 2013-2014	La política comercial más reciente (2016-2017) de los operadores móviles evidencia que no se han vuelto a presentar situaciones en las cuales CLARO y MOVISTAR actúen como meros seguidores de KÖLBI, sino que por el contrario estos operadores han aprovechado una serie de cambios llevados a cabo por este operador para posicionarse en el mercado
1.5 Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumos	Altos cargos de terminación	La SUTEL mediante resolución RCS-244-2016 actualizó el cargo de terminación móvil en la Oferta de Interconexión por Referencia del ICE definiendo una senda de disminución para dicho cargo. El ajuste en el cargo de interconexión le otorga 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
1.7 Costos de cambio de operador (switching cost)	Contratos con cláusulas de permanencia mínima por descuentos en tarifas	Las situaciones inadecuadas que el regulador había detectado en cuanto al establecimiento de barreras artificiales de salida al usuario en el informe preparado en el año 2016 fueron resueltas mediante la emisión de la resolución RCS-253-2016 (del 15 de noviembre de 2016)
Barreras de entrada		
2.1 Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución	Altos costos financieros para el despliegue de infraestructura	Estos elementos resultaban relevantes en el análisis del año 2016, cuando se desconocía el resultado de la próxima licitación de espectro. Así si en esa licitación llegaba a ingresar un cuarto operador móvil de red, la existencia de este tipo de barreras de entradas podría afectar la habilidad para competir en igualdad de condiciones a este nuevo operador. Para el análisis de 2017 ya se conoce que en la licitación de espectro no participaron nuevos operadores y por tanto que no existirá una afectación de ningún agente del mercado por la existencia de este tipo de costos. Así para el análisis de 2017 la existencia de este tipo de barreras no tiene un impacto directo en el nivel de competencia del mercado dado el tamaño que ya habían alcanzado las redes de los actuales participantes del mercado
2.2 Economías de escala y alcance	Existencia de economías de escala y alcance	
2.3. Monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida	Alta inversión para el despliegue de una red de telecomunicaciones	
2.4. Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos	Para prestar el servicio se requiere una concesión de espectro radioeléctrico	
2.5 Inversión en publicidad	Alta inversión en publicidad para poder competir	
Beneficios obtenidos por los usuarios		

8481-SUTEL-SCS-2017

3.1. Acceso de los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones	Existencia de algunos elementos que dificultan la elección que puede hacer el usuario final	Desarrollo por parte de la SUTEL de un sistema que le permite al consumidor comparar la oferta comercial ofrecida por todos los operadores. Esta herramienta permite comparar las tarifas del mercado casi en tiempo real y facilita la toma de decisiones al consumidor. Este sistema se desarrolló por medio de la licitación 2017LA-000006-0014900001 del año 2017
3.3. Oferta disponible de servicios	Oferta prepago poco diversificada	Entre 2016 y 2017 se ha presentado una evolución de la oferta comercial del segmento prepago muy beneficiosa para los usuarios finales, la cual ha llegado incluso a ser de la dimensión de la oferta de paquetes postpago
Análisis Prospectivo del Mercado		
4.2 Tendencias del mercado	Escasa innovación en conexiones a internet móvil bajo la modalidad prepago	El incremento en el consumo de datos ha venido ejerciendo presión sobre las decisiones de los operadores de telecomunicaciones móviles, ya que para los consumidores el elemento diferenciador al adquirir un servicio móvil cada vez viene más determinado por la conexión a internet, por lo cual mucha de la inversión de las redes móviles se deberá enfocar en la ampliación de capacidad adicional que permita satisfacer dicha demanda de datos. Los operadores ya han empezado a tener una oferta más enfocada en el consumo de datos, poniendo a disposición de los usuarios prepago una serie de paquetes a un precio asequible.
4.3 Asignación de concesiones adicionales de espectro	Desequilibrio a favor del ICE en el espectro asignado para ofrecer nuevos servicios	Los resultados de la licitación 2016LI-000002-SUTEL, realizada el 19 de julio de 2017, implican una distribución más equitativa en la cantidad de espectro entre operadores móviles

Se puede concluir que el proceso de consulta pública resultó ampliamente participativo y le permitió al regulador alcanzar conclusiones ajustadas a la nueva realidad del mercado.

En virtud del análisis expuesto en los cuadros anteriores, se concluye que no lleva razón la Defensoría de los Habitantes en sus argumentaciones, sobre la presunta inconsistencia entre los resultados del informe 6419-SUTEL-DGM-2016 y del informe 5971-SUTEL-DGM-2017, pues queda demostrado que el informe cumple con la rigurosidad técnica que se exige en estos casos.

2. Revisión de los argumentos de descargo y rechazo de la SUTEL sobre las observaciones brindadas por la Defensoría de los Habitantes en el oficio DH-DAEC-0878-2017 del 06 de setiembre de 2017.

2.1. Estructura de mercado

2.1.1. Participantes del mercado

Sobre este punto manifiesta la Defensoría que la SUTEL aplicó un elemento subjetivo de apreciación al concluir que el mercado móvil tiene una cantidad adecuada de operadores y que por ello se apartó de la metodología establecida en la RCS-082-2015.

Al respecto la metodología establecida en la RCS-082-2015 establecía lo siguiente, como bien lo señala la Defensoría de los Habitantes, “entre mayor sea la cantidad de participantes, se estima que el mercado es más competitivo”, sin embargo la Defensoría omite indicar, que la RCS-082-2015 también estableció lo siguiente: “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...” (Pág. 14 de la RCS-082-2015). Así las cosas, es claro que la Defensoría emplea en la argumentación de su escrito solamente aquellos elementos que considera pertinentes para comprobar su posición, pero omite referirse a cabalidad a la forma de análisis de los parámetros establecidos en la RCS-082-2015.

8481-SUTEL-SCS-2017

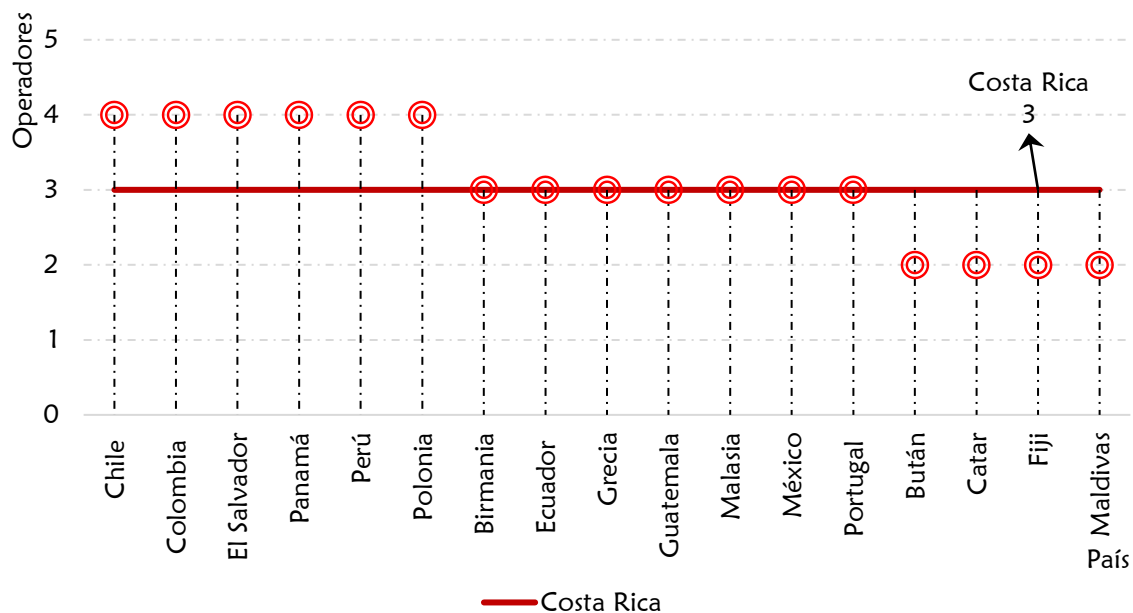
En ese sentido es claro que la RCS-082-2015 al hacer referencia a una “mayor cantidad de operadores” lo hace en relación con la cantidad usual de operadores que posee el mercado que está siendo analizado, el mercado móvil, y no con otros tipos de servicios o de industrias.

La SUTEL cumplió a cabalidad con lo indicado en la RCS-082-2015 en relación con el análisis relativo a la cantidad de participantes del mercado, siendo que la conclusión de 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” está totalmente respaldada y no es subjetiva o apreciativa como lo refiere la Defensoría.

Al respecto se puede valorar lo establecido por la RCS-248-2017 en relación con este punto, dicha resolución demuestra, con información respaldada y comparada, que Costa Rica tiene una cantidad adecuada de participantes del mercado (págs. 107 a 108):

“Sobre la cantidad de operadores móviles que operan en el país es necesario tener presente que Costa Rica cuenta con una cantidad de OMR similar al de otros países comparables (ver gráfico siguiente). También es comparable al de los países miembros de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), los cuales cuentan con entre 3 y 4 OMR. Adicionalmente, Costa Rica cuenta con la ventaja de tener 2 OMV, los cuales, a diferencia de lo ocurrido en otros países, ingresaron al mercado sin que se requiriera la intervención regulatoria.

Gráfico 1
Servicio minorista de telecomunicaciones móviles.
Cantidad de operadores móviles de red para países comparables a Costa Rica. Año 2014.
(Cifras absolutas)



Fuente: Informe final de la Contratación 2015LA-000007-SUTEL”.

Lo anterior, permite concluir que la cantidad de operadores móviles con que cuenta actualmente el país es suficiente para permitir que el mercado desarrolle una adecuada dinámica competitiva.

En relación con este punto conviene indicar que la Defensoría no establece ni respalda su argumento de que la cantidad de operadores que tiene el mercado de telecomunicaciones móviles es inadecuada, tampoco indica la Defensoría cuántos operadores serían a su criterio suficientes para garantizar un adecuado nivel de competencia en el mercado. En

8481-SUTEL-SCS-2017

ese sentido, es claro que el escrito de la Defensoría no aporta prueba que contradiga de manera fehaciente lo demostrado por la SUTEL.

La SUTEL en la RCS-248-2017 demuestra, apoyada en datos y referencias internacionales, que el país tiene una adecuada cantidad de operadores móviles en el mercado. Esta conclusión de la SUTEL se apega a la metodología contenida en la RCS-082-105 y no es subjetiva ni apreciativa, sino que está respaldada por datos y evidencia internacional.

Sobre el argumento de la Defensoría en relación con que dada la distribución de la cuota de mercado de los operadores (parámetro que en realidad corresponde ser analizado en la sección correspondiente a “participación de mercado” y no a “participantes del mercado”) “se requiere regulación para evitar posibles prácticas monopolísticas en detrimento de los derechos e intereses de los usuarios”, es necesario aclarar que la RCS-248-2017 no tiene ningún tipo de impacto en la regulación que hace la SUTEL para evitar los abusos y las prácticas monopolísticas por parte de operadores o proveedores en el mercado.

Es importante aclarar que la declaratoria de competencia en un mercado tiene el siguiente impacto en términos regulatorios: i) si existe algún operador que haya sido previamente declarado como operador importante en el mercado que está siendo analizado se le levantan a este operador las obligaciones que le habían sido establecidas de conformidad con el artículo 75 inciso b) de la Ley 7593; ii) si se trata de un mercado minorista, se levanta la regulación tarifaria para todos los operadores que participen de dicho mercado de conformidad con el artículo 50 de la Ley 8642.

El instrumental regulatorio que posee la SUTEL para evitar que los operadores cometan practicas monopolística está contenida en el Capítulo II del Título III de la Ley 8642 y no es impactado por la declaratoria de competencia efectiva en el mercado, por el contrario, una vez declarado un mercado en competencia, este es el tipo de regulación, junto con el régimen de protección al usuario final, que se vuelve más relevante para la SUTEL. Lo anterior está claramente establecido en la RCS-248-2017 donde indica (pág. 166):

“La SUTEL pondrá especial énfasis a su labor como autoridad sectorial de competencia, cualquier tipo de práctica anticompetitiva será sancionada con severidad, en particular se pondrá énfasis en la detección de carteles y cualquier otro tipo de conductas colusorias entre competidores, los cuales se constituyen en práctica que por su naturaleza resultan siempre en una afectación al usuario final.

Así las cosas, tampoco lleva razón la Defensoría en relación con este punto, toda vez que la “regulación para evitar posibles prácticas monopolísticas en detrimento de los derechos e intereses de los usuarios” no se ve afectada por la RCS-248-2017.

Por lo anterior, los argumentos de la Defensoría de los Habitantes en relación con este punto de su recurso de revocatoria deben ser rechazados.

2.1.2. Participación de mercado

En relación con la participación de mercado la Defensoría alega en su escrito que la SUTEL omitió en su análisis la siguiente frase que contenía el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 “la evolución de la cuota de los operadores móviles ha tendido a estabilizarse en los últimos tres años, de tal manera que entre 2013 y 2015 sólo varío un 4%”. Debe aclararse que SUTEL en su informe 5971-SUTEL-DGM-2017 no se refiere a la situación anterior básicamente porque los datos que sustentan dicho informe son con corte a 2016 y no a 2015 (que era el corte del informe 6419-SUTEL-DGM-2016). Así las cosas, la única razón por la cual SUTEL no se refiere a dicha situación, es porque actualiza la información de su estudio para emplear los datos más recientes a su disposición. No podría el órgano regulador excusarse de emplear en el análisis la información más actualizada que tenga disponible, de lo contrario, sí estaría omitiendo incluir información o datos que, teniendo en su poder, no toma en cuenta.

Sin embargo, la SUTEL sí analiza la evolución de las cuotas de mercado al año 2016. Particularmente relevante de destacar es que entre 2015 y 2016 la participación del ICE pasó de 58% a 53%, lo que representa una disminución de 5 puntos porcentuales, con lo cual la frase del informe 6419-SUTEL-DGM-2016 referida por la Defensoría carece completamente de sentido toda vez que entre 2013 y 2016 la cuota de mercado del ICE varío en 8 puntos porcentuales (a la baja), lo mismo que la de Movistar (al alza), siendo que sólo la cuota de CLARO se mantuvo estable variando sólo un punto porcentual (al alza).

8481-SUTEL-SCS-2017

Es evidente que el análisis de la SUTEL se apega a lo establecido en la RCS-082-2015, logrando demostrarse fehacientemente uno de los indicios de competencia para dicho indicador, sea la “tendencia decreciente de la cuota de mercado del operador más grande”.

Alega la Defensoría que la SUTEL “minimiza el criterio de comportamiento de la cuota de mercado”, sin embargo, lo cierto es que la RCS-248-2017 valora a profundidad este parámetro, el cual arroja importantes indicios del nivel de competencia del mercado, sobre el particular dicha resolución indica lo siguiente (págs. 107 a 108):

“En el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 se había concluido que entre 2010 y 2015 se dio una recomposición de las cuotas de mercado del servicio de telecomunicaciones móviles, de tal forma que el ICE pasó de tener una cuota de mercado del 100% en el año 2010 a tener una cuota de mercado de 58% en 2015...”

Así, para 2016 la cuota de mercado del ICE continuó disminuyendo, ubicándose en un 53%...

La caída en la cuota de mercado del ICE ha sido producida por el crecimiento sostenido de la cantidad de usuarios de sus principales competidores en dicho mercado, los operadores móviles Claro y Movistar, los cuales para 2015 contaban con participaciones cercanas al 20%.

Para 2016 se observan una serie de elementos que vale la pena destacar en relación con la cuota de mercado de los competidores del Kölbi:

- Movistar continúa ampliando su cuota de mercado, confirmándose como el segundo operador del mercado móvil.
- Claro se ha estancado en una cuota de mercado cercana al 20%, de tal forma que entre 2013 y 2016 su participación sólo creció en un punto porcentual.
- Los operadores móviles virtuales, Full Móvil y Tuyo Móvil, continúan su tendencia a la baja, sumando entre los dos una participación conjunta del 1% del mercado.

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 destacado es intencional).

Asimismo conviene destacar que en su recurso la Defensoría no establece ni respalda su argumento de que la distribución de cuotas de mercado que ha tenido el mercado de telecomunicaciones móviles es insuficiente para garantizar un adecuado nivel de competencia en el mercado, por su parte la SUTEL en su RCS-248-2017 sí aporta elementos que refuerzan su conclusión de que la recomposición de cuotas de mercado de los operadores móviles es adecuado, así dicha resolución estableció lo siguiente (pág. 108):

“Para contrastar este valor puede considerarse una muestra de países comparables con Costa Rica, de donde se extrae que en países como Portugal y Colombia, que son países con más de 20 años de haber llevado a cabo el proceso de liberalización del mercado de telecomunicaciones, el operador incumbente posee una cuota de mercado de 47% y 53%, respectivamente. O bien, en países como Guatemala y Perú, con más de 10 años de haber llevado a cabo el proceso de liberalización del mercado de telecomunicaciones, el operador incumbente posee una cuota de mercado de 50% y 54%. En ese sentido, la cuota de mercado del ICE luego de seis años de la apertura del sector telecomunicaciones se ubica en niveles similares a la de otros operadores incumbentes, en mercados comparables en términos de su producto interno bruto per cápita, nivel de urbanización del país, densidad poblacional, nivel de ingreso promedio y cantidad de población” (lo destacado es intencional).

En ese sentido es claro que el escrito de la Defensoría no aporta prueba que contradiga, de forma alguna, lo demostrado por la SUTEL, con datos actualizados y referencias internacionales, en la RCS-248-2017, razón por la cual sus argumentos en relación con este punto deben ser rechazados.

2.1.3. Concentración de mercado

En relación con el parámetro de concentración indica la Defensoría en su escrito que la RCS-082-2015 estableció que, si el indicador del HHI era superior a 3.000, se presume que el mercado está muy concentrado y que por tanto el mercado no es competitivo.

8481-SUTEL-SCS-2017

Sobre este punto es menester indicar que nuevamente la Defensoría omite referirse de manera completa a lo establecido en dicha resolución como elemento de valoración, descontextualizando así lo establecido en la RCS-082-2015. La descontextualización de los parámetros de análisis le permite a la Defensoría llegar a conclusiones que, si bien le son favorables a su posición, son erróneas, así conviene tener presente que estableció la RCS-082-2015 sobre el punto relativo a la concentración de mercado (Pág. 20 de la RCS-082-2015):

“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” (lo destacado es intencional).

En ese sentido, de la simple lectura de la RCS-082-2015, se puede concluir que el hecho de que el indicador HHI sea superior a 3.000 puntos no es un elemento suficiente para concluir que el mercado carece de competencia, sino se requieren análisis adicionales sobre la rivalidad de las empresas que operan en el mercado para determinar lo relativo al nivel de competencia del mercado.

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” (pág. 24), 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.

El análisis de la SUTEL en relación con este punto, además de apegarse a lo establecido en la RCS-082-2015, sí evidencia indicios de rivalidad en el mercado. Es necesario indicar que la Defensoría en su escrito se limita a señalar su punto de vista sobre el nivel de concentración del mercado indicando incluso que es un “absurdo técnico sostener que un HHI de 3.891 es compatible con condiciones de competencia efectiva”, sin llegar a demostrar con algún tipo de prueba técnica que acredite que la conclusión de la SUTEL sobre este parámetro particular es inadecuada, por lo que ésta debe considerarse como una opinión del recurrente.

Por su parte la RCS-248-2017 demuestra claramente, con elementos técnicos que así lo respaldan, la conclusión de que la evolución del nivel de concentración de mercado es un elemento positivo en relación con el grado de competencia alcanzado por el mercado (págs. 109 a 110):

“En el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 se había indicado que para 2015 el nivel de concentración del mercado se ubicaba en 4.164 puntos, medido por medio del Índice Herfindahl-Hirschman (HHI), siendo la principal preocupación al respecto, el hecho de que a partir del año 2013 este indicador de concentración se había estancado alrededor de los 4.000 puntos.

En 2016 el HHI por primera vez cae por debajo de los 4.000, ubicándose en 3.891 puntos. Es importante tener presente que en un mercado con tres operadores el nivel mínimo que puede alcanzar dicho indicador es de 3.333 puntos.

...

Lo anterior evidencia que el mercado de telecomunicaciones móviles ha presentado una significativa desconcentración desde el año 2010, de tal forma que incluso el HHI de este mercado es inferior al de una serie de países comparables con Costa Rica, entre los que se pueden citar Panamá (3.276), Guatemala (3.794), Perú (4.520), Chile (3.396), Grecia (3.495), Portugal (3.688), Colombia (3.972) y México (5.023).

En conclusión, se puede afirmar que el nivel de concentración de este mercado muestra una tendencia hacia la baja, ubicándose en un nivel de cercano o incluso inferior al de otros países comparables que cuentan con muchos más años de haber llevado a cabo la apertura del sector telecomunicaciones, lo cual constituye una señal positiva del nivel de rivalidad competitiva del mercado” (lo subrayado es intencional).

Por los motivos anteriores el argumento del recurso de la Defensoría debe ser rechazado en este punto, por no llevar razón en sus argumentaciones, toda vez que la Defensoría no aporta prueba que contradiga lo demostrado por la SUTEL

2.1.4. Rivalidad del mercado a nivel de precios

Indica la Defensoría que existe una contradicción entre las conclusiones del informe 5971-SUTELDGM-2017 y el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 en cuanto a la evolución de los precios en la modalidad postpago aduciendo que un año es muy

8481-SUTEL-SCS-2017

poco tiempo. Sobre el particular, la Defensoría añade que la contradicción radica en que utilizando los mismos datos de precios las conclusiones entre ambos informes son opuestos.

Pese a lo indicado por la Defensoría, en su escrito no existe ninguna contradicción en el análisis de la SUTEL, la diferencia entre ambos informes, como está claramente reconocido en la RCS-248-2017, obedece al empleo de fuentes adicionales de información, al respecto se debe considerar lo establecido en dicha resolución (págs. 110 a 114):

“La principal conclusión del informe 6419-SUTEL-DGM-2016 en relación con la evolución de los precios del mercado de telecomunicaciones móviles había sido que para el segmento postpago los precios de los planes ofrecidos habían tendido a la baja, impulsados principalmente por la baja en el precio de las conexiones a internet móvil, siendo la principal preocupación de la SUTEL el hecho de que para el segmento prepago los precios se habían mantenido invariables en los últimos años.

Las conclusiones anteriores se obtuvieron empleando fuentes secundarias, en particular la información de la contratación 2015LA-000007-SUTEL, siguiendo la metodología desarrollada por la OCDE, que determina una serie de canastas de precios de los servicios de telecomunicaciones. Estas canastas básicamente buscan determinar un conjunto de niveles de consumo medios por quintil y valorar a partir de dichos consumos promedio, cuál es el plan de precios más barato ofrecido en el mercado que satisfaga dicho nivel de consumo. Esto permite darle seguimiento a los planes ofrecidos en el mercado en función no de un plan específico, sino en función de los niveles de consumo de los usuarios. Esta solución permite de esta manera realizar comparaciones internacionales entre los planes ofrecidos no sólo por los operadores de un determinado país, sino también realizar comparaciones entre países. Estas canastas incorporan una mezcla de tres servicios: llamadas, SMS y acceso a internet. Los resultados de la evolución de los precios del mercado empleando dicha metodología se resumen en el siguiente gráfico.

...

El gráfico anterior 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.

Sin embargo, resulta pertinente complementar dicha información con los datos de evolución del precio efectivo promedio pagado por los usuarios tanto a nivel de minutos como de datos (KB). Para estimar dicho precio implícito se parte de los datos de ingresos específicos para el servicio y del tráfico de dicho servicio en un período determinado. El valor estimado representa el precio promedio del mercado que efectivamente han pagado los usuarios del servicio, considerando la existencia de promociones prepago (minutos gratis) y minutos no consumidos en los paquetes postpago.

Es necesario aclarar que ambas referencias de precios, nominales y reales, son adecuadas para el análisis, dependiendo de aquello que se busque medir. Sin embargo el empleo conjunto de ambos resulta en un análisis más profundo de la realidad del mercado.

...

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 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 efectivos, 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” (lo destacado es intencional).

8481-SUTEL-SCS-2017

Asimismo, conviene aclarar que pese a que la Defensoría indica en su escrito que la SUTEL en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 había concluido que “los precios de las canastas no se han reducido y que la aparente baja entre 2011 y 2015 se debe a factores no competitivos”, lo anterior no es correcto. La conclusión de la SUTEL en relación con dicho punto reconocía claramente es la siguiente (pág. 104 del informe 6419-SUTEL-DGM-2016):

“4. En relación con la evolución de los precios se puede concluir que para el servicio post-pago entre 2011 y 2015 hay diversos tipos de planes que han tenido una baja en el precio. Es importante indicar que la baja en el precio de determinadas canastas de consumo está impulsada por una disminución en el precio de las conexiones a internet móvil. Mientras que para el servicio prepago, a excepción del costo de activación del servicio (precio de la tarjeta SIM), los precios se han mantenido invariables en los últimos años” (lo destacado es intencional).

Lo anterior se reitera en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017, donde se vuelve a destacar (pág. 42):

“El gráfico anterior 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”. (lo destacado es intencional).

Así las cosas, es claro que SUTEL no se contradice en su análisis, sino que también indica de manera transparente qué información incluyó en su análisis y cómo la incluyó, esta información adicional fue proporcionada en el proceso de la consulta pública realizado por la SUTEL en el año 2016. De acuerdo con el marco legal por el que se rigen estos procesos de consulta, es a partir de la participación que se da por parte de diferentes agentes (operadores, instituciones o ciudadanos) que la administración puede llegar a revalorar lo sometido a consulta pública. En particular es necesario aclarar que el informe 5791-SUTEL-DGM- 2017 sólo concluye de manera distinta en relación con el segmento prepago, toda vez que en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 ya se había reconocido que en el segmento postpago sí se había experimentado una reducción en el precio de los planes.

Por los motivos anteriores el argumento del recurso de la Defensoría debe ser rechazado en este punto, por no llevar razón en sus argumentaciones, ni aportar prueba que contradiga lo demostrado por la SUTEL.

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

La Defensoría indica en su escrito que la SUTEL no valoró en este punto los elementos establecidos en la RCS-082-2015, los cuales se refieren a redes de distribución y cobertura de redes, además que la SUTEL indica que la política de ventas del mercado se basa en “enfoques competitivos diferenciados” lo cual a su criterio aleja a los operadores del proceso de homogeneidad de redes, por lo que argumenta que la SUTEL refuta su argumento supuestamente “interpretando que una política de venta diferenciada es congruente con la homogenización de las redes”.

En relación con este argumento, una vez más, la Defensoría omite referirse de manera completa a lo indicado en la RCS-082-2015, la cual estableció lo siguiente sobre el particular (págs. 15 a 16):

“5.2.4 Comportamiento reciente de los participantes del mercado.

Como fue indicado de previo, el comportamiento reciente de los participantes del mercado debe ser analizado particularmente en relación con la rivalidad de la industria y la conducta de los agentes del mercado en relación con esta rivalidad. Al respecto se deben abordar temas relativos a precios y otros factores diferenciadores del producto como podrían ser promociones y ofertas, empaquetamiento de servicios, imagen de marca, publicidad, entre otros” (lo destacado es intencional).

Sobre el tema de la homogeneidad de redes conviene en primer lugar reiterar lo que ya se le había indicado a la Defensoría en la respuesta a su escrito de observaciones a la consulta pública en sobre el particular (pág. 78 de la RCS-248.2017):

“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.

8481-SUTEL-SCS-2017

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 periodo”.

Mientras que sobre el tema de las redes de distribución la RCS-248-2017 estableció lo siguiente (pág. 108):

“En el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 se había reconocido que los operadores también compiten por otros elementos como la cobertura de red y redes de distribución y ventas”.

Así es claro que lo referente a redes de distribución y cobertura de redes fue valoradora en la RCS-248-2017, sin embargo, la SUTEL, de conformidad con lo establecido en la RCS-082-2015, también valoró elementos relevantes en “relación con la rivalidad de la industria y la conducta de los agentes del mercado en relación con esta rivalidad”.

La valoración de estos elementos se centró precisamente en determinar si los operadores móviles tenían estrategias competitivas de ventas diferenciadas, valorando elementos distintivos entre operadores como: oferta comercial, segmentos competitivos más relevantes por operador y diferencias en calidad de redes.

Es necesario, reiterar y aclarar a la Defensoría que una cosa es la necesidad de que existan redes, incluyendo la red de distribución y ventas, bastante homogéneas como un elemento necesario para que se alcance un nivel de competencia adecuado en un mercado, toda vez 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, lo que limita el nivel de competitivo del mercado, y otra muy diferente es que los operadores tengan estrategias comerciales idénticas, como lo indica la Defensoría.

La existencia de una estrategia comercial homogénea entre operadores, en contrario a lo indicado por la Defensoría, no es un indicio de competencia, sino que por el contrario es un indicio de que el mercado pueda estar siendo sujeto de una posible colusión tácita o concertada entre operadores, lo cual sería más bien reflejo de un mercado que no es competitivo.

Así debe quedar claro que la existencia de una cobertura de redes homogénea es importante para garantizar que se pueda desarrollar competencia en el mercado, porque esto es un reflejo de que los operadores están en igualdad de condiciones para competir, pero la existencia de una política comercial homogénea no contribuye a la existencia de un mercado competitivo, toda vez que es un reflejo de conductas concertadas.

Por lo anterior, es que para la SUTEL es tan importante en su análisis determinar que existen “enfoques competitivos diferenciados”, justamente porque es la existencia de una política comercial diferenciada entre operadores la que permite garantizar que los agentes del mercado se comportan de manera independiente y no están concertando su conducta en perjuicio del usuario final.

En virtud de lo anterior, se concluye que no lleva razón la Defensoría en relación con este punto, no sólo porque la SUTEL en la RCS-248-2017 efectivamente valoró lo referente a redes de distribución y cobertura de redes, sino que también analizó los elementos necesarios para valorar lo relativo a la rivalidad de la industria y la conducta de los agentes en relación con esta rivalidad particularmente para determinar que los operadores móviles no están concertando su conducta.

2.1.6. Denuncias por prácticas monopolísticas

En relación con este punto la Defensoría de los Habitantes no indica elementos adicionales, simplemente reitera que está de acuerdo con el abordaje de la SUTEL y que este parámetro proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles.

2.1.7. Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumos

Indica la Defensoría en relación con este parámetro que la SUTEL no se refiere a la observación hecha en el proceso de consulta pública donde se solicitaba incluir en el análisis los parámetros relacionados a cantidad de solicitudes de intervención de acceso e interconexión presentadas, tramitadas y resueltas, tiempo promedio para resolver las solicitudes de acceso e interconexión y margen entre precios minoristas y cargos mayoristas.

8481-SUTEL-SCS-2017

Sobre el primer punto referente a la incorporación de parámetros de análisis adicionales se le hizo ver a la Defensoría en la RCS-248-2017 que los elementos planteados no tienen relación con un mercado minorista, como el aquí analizado, sino con los mercados mayoristas asociados, en particular conviene rescatar la respuesta que le dio la SUTEL en relación con dicho punto (págs. 78 y 79):

“... 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” (lo destacado es intencional).

Para más claridad sobre el particular se puede considerar lo establecido en el artículo 60 de la Ley 8642, en relación con el Régimen de Acceso e Interconexión, “los operadores de redes públicas de telecomunicaciones convendrán entre sí las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso y la interconexión, de conformidad con esta Ley, los reglamentos y los planes técnicos correspondientes y las demás disposiciones que se emitan al efecto”. De lo anterior, se desprende con claridad que las condiciones de acceso e interconexión se tratan de relaciones entre operadores y no con usuarios finales, en ese sentido la valoración de las mismas no corresponde al mercado analizado, toda vez que este se trata de un mercado minorista (donde se relacionan los operadores y los usuarios finales).

Así, la razón por la que el informe no incorpora esos elementos en el análisis del mercado minorista de telecomunicaciones móviles es porque los mismos no corresponden ni tienen relación con el mercado analizado. Por lo anterior, no lleva razón la Defensoría al indicar que SUTEL “evita el fondo de la objeción”, sino que simplemente lo solicitado no tiene relación con el mercado analizado, así se reitera que el argumento de la Defensoría en relación con este punto no es de recibo.

Sobre el segundo punto destacado por la Defensoría en relación con el argumento de que la SUTEL basó su resultado en una medida que tomó para eliminar un aspecto que limitaba la competencia en el mercado de telefonía móvil, siendo que a criterio de la Defensoría se requería más información y recopilación de datos para establecer si la medida tomada por SUTEL solucionó el problema competitivo encontrado en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016, siendo que a criterio de la Defensoría SUTEL en su respuesta “opta por no referirse a la observación de la Defensoría en cuanto al argumento utilizado para resolver la limitante competitiva hallada en el año 2016”, es necesario aclarar que la SUTEL sí se refiere al punto indicado por la Defensoría en relación con el particular (pág. 79):

“... 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”.

Si bien a criterio de la Defensoría se requiere de “más información y recopilación de datos para establecer si la medida tomada por SUTEL solucionó el problema competitivo”, lo anterior no es correcto. Para contextualizar lo anterior, es necesario indicar que esta problemática se había detectado en el año 2016, razón por la que conviene citar la RCS-264-2016 de las 15:20 horas del 23 de noviembre de 2016 en relación con la “Revisión del mercado del servicio mayorista de

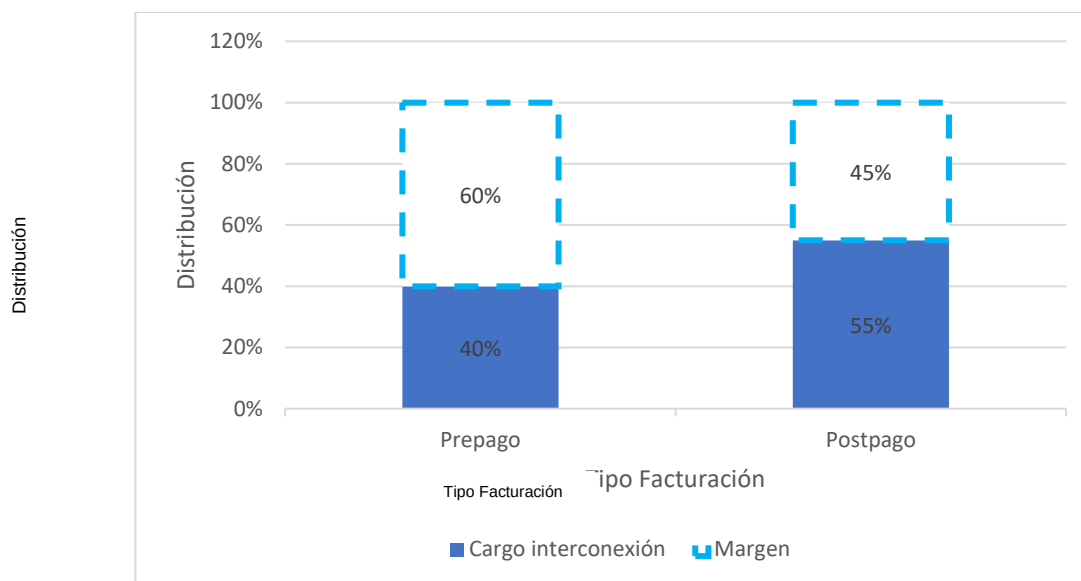
8481-SUTEL-SCS-2017

terminación en redes móviles individuales, análisis del grado de competencia en dicho mercado, declaratoria de operadores importantes e imposición de obligaciones”, donde se dispuso lo siguiente:

“...para los nuevos OMR, dados sus patrones de tráfico, y al representar el cargo de terminación móvil entre un 45% y un 60% del tope tarifario, estos operadores también están en una situación en la cual un eventual incremento en el precio mayorista del servicio de terminación en una red móvil individual afectaría la provisión del servicio de telecomunicaciones móviles a nivel minorista”.

Gráficamente lo que ocurría en 2015 era lo siguiente:

Gráfico 1. Servicio mayorista de terminación en las redes móviles individuales: Porcentaje que representa el cargo de terminación del tope tarifario de una llamada según destino. Año 2015.

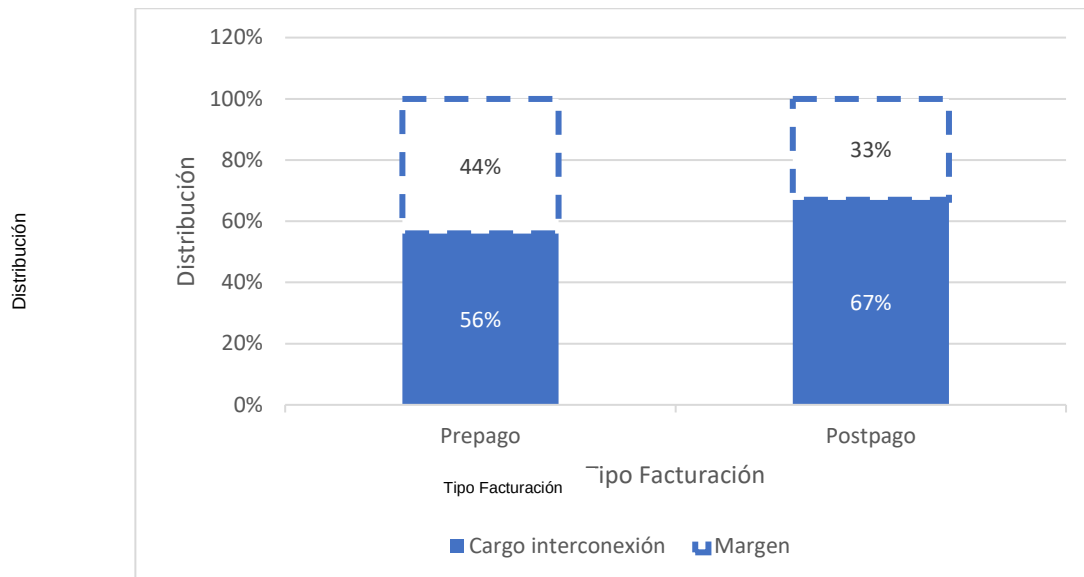


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la OIR 2014, RCS-059-2014, y del pliego tarifario vigente, Acuerdo 027-003-2014.

Mientras que lo que ocurre a partir de enero de 2017 es lo siguiente:

Gráfico 2. Servicio mayorista de terminación en las redes móviles individuales: Porcentaje que representa el cargo de terminación del tope tarifario de una llamada según destino. Año 2017.

8481-SUTEL-SCS-2017



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la RCS-264-2016 (que modifica la OIR del ICE) y del pliego tarifario vigente, Acuerdo 027-003-2014.

Así las cosas, es evidente que las medidas regulatorias adoptadas en el 2016 por la SUTEL, según RCS-264-2016, comienzan a surtir efectos a partir de enero de 2017, superándose de esa manera el problema de competencia detectado en 2016 y en ese sentido no se requiere esperar ningún plazo adicional para valorar el impacto de esta medida regulatoria.

En razón de lo expuesto de previo, se rechaza el argumento de la Defensoría por no llevar razón en sus argumentaciones.

2.1.8. Poder compensatorio de la demanda

En relación con este punto la Defensoría de los Habitantes no indica elementos adicionales, simplemente reitera que está de acuerdo con el abordaje de la SUTEL y que este parámetro proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles.

2.1.9. Costos de cambio de operador

En relación con este punto la Defensoría de los Habitantes no indica elementos adicionales, simplemente reitera que está de acuerdo con el abordaje de la SUTEL y que este parámetro proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles.

2.1.10. Rentabilidad

En relación con este punto la Defensoría de los Habitantes no indica elementos adicionales, simplemente reitera que está de acuerdo con el abordaje de la SUTEL y que este parámetro proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles.

2.2. Barreras de entrada al mercado

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

Sobre el particular indica la Defensoría que la SUTEL sostiene que los costos de acceso al mercado no son un elemento que limite la competencia en el mercado, adicionalmente se indica que la SUTEL “fuerza” la interpretación de los parámetros analizados siendo que no se puede olvidar que los altos costos de entrada son un limitante que inhibe el ingreso de nuevos OMR. La Defensoría insiste en indicar que la SUTEL no se apegó a lo establecido en la RCS-082-2015.

8481-SUTEL-SCS-2017

En relación con dichos argumentos conviene aclarar en primer lugar que la SUTEL sí reconoce en la RCS-248-2017 que los costos de desplegar canales alternativos de producción o distribución son altos, así en dicha resolución claramente se indica lo siguiente (pág. 137):

“Otro elemento importante de ser considerado lo constituye el acceso a financiamiento, el cual resulta relevante dado que el monto de las inversiones necesarias para desplegar una red de telecomunicaciones es muy alto”.

Sin embargo, dicha situación no implica por sí sola que el mercado no sea competitivo, como lo concluye la SUTEL. Si bien sobre esta conclusión la Defensoría manifiesta que es “forzada” y contraria a la RCS-082-2015 lo cierto es que en este punto la Defensoría omite referirse a qué establecía la citada resolución RCS-082-2015 sobre el tema de costos financieros de desarrollar canales alternativos (pág. 22):

“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 en general, 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 sujeto de competencia efectiva” (lo destacado es intencional).

Así las cosas, es claro que el análisis de la SUTEL sí se apega a lo establecido en la RCS-082-2015, siendo que la SUTEL no fuerza sus conclusiones, sino que las mismas se apegan a la realidad del mercado, en la cual, pese a la existencia de dichos costos las empresas que operan a nivel nacional no enfrentan una desventaja entre ellas producto del acceso a las fuentes de financiamiento, de tal manera que esta variable no afecta el nivel de competencia del mercado. Tampoco la Defensoría aporta prueba que demuestre lo contrario.

2.2.2. Economías de escala y alcance

Indica la Defensoría en su escrito que la SUTEL evade el cuestionamiento de fondo que se le había hecho en torno a que su análisis técnico no cumple con la resolución RCS-082-2015 y que se realiza un análisis en relación con los OMR ya existentes en el mercado, así manifiesta que las economías de escala y alcance sí son barreras de entrada que afectan el ingreso de nuevos OMR² al mercado.

Sobre este punto es menester aclarar que, de conformidad con lo establecido en la RCS-082-2015, la SUTEL en la RCS-248-2017 reconoce que en el sector de telecomunicaciones móviles sí existen economías de escala y que estas constituyen una barrera de entrada (pág. 138):

“El sector telecomunicaciones constituye por su misma naturaleza una actividad que posee fuertes economías de escala, lo que se deriva del alto costo de las inversiones de capital que deben realizarse para desplegar una red. Así, entre mayor sea la utilización de la infraestructura, considerando siempre la capacidad con la cual fue diseñada la red, menor será el costo con el que se puede prestar cada uno de los servicios que utilizan la red desplegada por el operador.

Aunque no puede llegar a afirmarse que las redes de Kölbi, Movistar y Claro poseen los mismos ahorros de costos al aumentar su escala de producción, es necesario reconocer que las redes de los tres operadores móviles de red del mercado poseen economías de escala dado el tamaño que han alcanzado y el dimensionamiento propio de dichas redes.

La existencia de economías de escala, al otorgarles una ventaja a los operadores ya establecidos en el mercado, genera una barrera de entrada para nuevos operadores que deseen ingresar a ofrecer servicios móviles en Costa Rica, pero no constituye una ventaja significativa entre los operadores establecidos ya que todos gozan de economías de escala y alcance en sus propias redes” (lo destacado es intencional).

Así las cosas, el argumento de la Defensoría carece de validez toda vez que la situación supuestamente omitida por la SUTEL consta claramente en la resolución aquí recurrida.

² Un OMR es un operador móvil de red el cual se caracteriza por contar con una concesión de frecuencias del espectro radioeléctrico que le permite desplegar y operar una red móvil.

8481-SUTEL-SCS-2017

Sin embargo, sobre la conclusión de la SUTEL, la cual no es compartida por la Defensoría, se debe aclarar que la misma se basa en un análisis de la situación real del mercado, en ese sentido el impacto de la existencia de economías de escala y alcance de cara al ingreso de un nuevo Operador Móvil de Red (OMR) se supedita a un único factor: la disponibilidad de espectro radioeléctrico. Si no existe disponibilidad de espectro radioeléctrico ningún OMR puede ingresar al mercado, simplemente porque es técnicamente imposible desplegar una red móvil sin espectro radioeléctrico con el estado actual de la tecnología móvil.

Para el momento en que se emite el informe 5791-SUTEL-DGM-2017 ya se conocía que en la licitación de espectro no participaron nuevos operadores y por tanto que ningún nuevo OMR ingresaría al mercado.

Así las cosas, la valoración que hace la SUTEL sobre el impacto de las barreras de entrada en general se circunscribe a la realidad del mercado, una realidad en la cual ningún OMR nuevo ingresaría al mercado en el corto plazo (se requeriría una nueva licitación de espectro para que otro OMR pudiera ingresar y actualmente no hay más frecuencias disponibles para ser licitadas).

Por lo anterior, la existencia de economías de escala y alcance no tiene ningún impacto en que un nuevo OMR pueda o no ingresar al mercado, así el análisis llevado a cabo por la SUTEL en relación con este tema se basa en el hecho de si las economías de escala y alcance constituyen una barrera para los actuales OMR del mercado que pueda llegar a afectar el nivel de competencia de mercado.

En virtud de lo anterior, concluye que la existencia de economías de escala y alcance no tiene un impacto directo en el nivel de competencia del mercado dado el tamaño que ya habían alcanzado las redes de los actuales participantes del mercado.

En ese sentido, realizar un análisis como el pretendido por la Defensoría en su escrito significaría realizar un análisis teórico del nivel de competencia del mercado, suponiendo que fuera posible que en el corto plazo nuevos OMR pudieran ingresar al mercado, y no uno basado en la realidad del mercado, en la cual por la falta de espectro disponible ningún nuevo OMR puede ingresar al mercado.

En virtud de lo anterior se rechazan los argumentos de la Defensoría sobre el particular y se reitera no sólo que el análisis de la SUTEL en relación con este punto se apega a lo establecido en la RCS-082-2015 sino que se basa en la situación real del mercado costarricense.

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

Manifiesta la Defensoría que la metodología aprobada por la SUTEL no contempla el análisis de competencia entre los operadores actuales como indicio de competencia efectiva, sino que el análisis de las barreras de entrada se debe hacer respecto a la facilidad de ingreso de nuevos operadores al mercado, por lo anterior, la Defensoría concluye que la SUTEL hace una interpretación de la metodología prácticamente cambiándola.

En relación con este punto conviene indicar que, de conformidad con lo establecido en la RCS-082-2015, la SUTEL en la RCS-248-2017 reconoce que en el sector de telecomunicaciones móviles los costos de la inversión requerida sí constituyen una barrera de entrada (pág. 138):

“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”.

Sin perjuicio de lo anterior, y como fue ampliamente explicado en el punto anterior, la valoración que hace la SUTEL sobre el impacto de las barreras de entrada en general se circunscribe a la realidad del mercado, una realidad en la cual ningún OMR nuevo ingresaría al mercado en el corto plazo (se requeriría una nueva licitación de espectro para que otro OMR pudiera ingresar y actualmente no hay más frecuencias disponibles para ser licitadas). Por lo anterior la existencia de altos costos de inversión no tiene ningún impacto en que un nuevo OMR pueda o no ingresar al mercado. Es en virtud de dicha situación, que corresponde a la realidad del mercado, que la SUTEL centra su análisis en la forma en que la existencia de dichos costos puede afectar al nivel de competencia futura del mercado, a la luz de los actuales operadores que prestan servicios en dicho mercado. Así, la SUTEL en la RCS-248-2017 analiza lo siguiente en relación con la inversión como barrera para la competencia (pág. 139):

8481-SUTEL-SCS-2017

“Es relación con el tema de la inversión como barrera de entrada, es necesario valorar que los operadores móviles han continuado invirtiendo en sus redes, prueba de lo cual lo constituyen las inversiones realizadas para la provisión de servicios 4G. Las inversiones en esta tecnología han sido llevadas a cabo por los tres operadores móviles de red Kólbí, Movistar y Claro.

...

Lo anterior permite concluir 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 virtud de lo anterior se rechazan los argumentos de la Defensoría sobre el particular y se reitera no sólo que el análisis de la SUTEL en relación con este punto se apegue a lo establecido en la RCS-082-2015 sino que se basa en la situación real y hechos ciertos del mercado costarricense.

2.2.4. Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos

Manifiesta la Defensoría que la metodología aprobada por la SUTEL no contempla el análisis de los elementos valorados por la SUTEL en relación con este punto, que se refieren a la reciente licitación de bandas de espectro, sino que la RCS-082-2015 establecía que lo que debía valorarse era que se otorgue un mayor número de títulos habilitantes de nuevos proveedores y que sea mayor el número de empresas que efectivamente han logrado ingresar al mercado, por lo anterior la Defensoría concluye que la SUTEL hace una interpretación de la metodología prácticamente cambiándola.

Si bien sobre los análisis de la SUTEL en relación con este punto la Defensoría manifiesta que son contrarios a la RCS-082-2015 lo cierto es que en este punto la Defensoría omite, una vez más, referirse a qué establecía la citada resolución RCS-082-2015 sobre este tema (pág. 22):

Indicador:

“b- Espectro disponible para ser otorgado en futuras concesiones (para el caso de servicios móviles e inalámbricos)”

Indicios de competencia:

“En el análisis de los servicios móviles e inalámbricos se considera que la disponibilidad y certeza de trámites de licitación futuros en el corto plazo son indicio de menores barreras de entrada”.

Así las cosas en relación con este punto, y por tratarse justamente de servicios móviles, la SUTEL centró su análisis en el tema de las licitaciones y concesiones de espectro, en particular la RCS-248-2017, en apego a la RCS-082-2017, valoró lo siguiente (pág. 138):

“En la licitación de bandas del espectro radioeléctrico para la implementación de sistemas IMT³, acuerdo N° 354-2015-TEL-MICITT publicado en La Gaceta N° 27 del 09 de febrero de 2016, se pusieron en concurso los 70 MHz disponibles, distribuidos en siete bloques de 5x2 MHz. En dicho concurso sólo presentaron ofertas técnicas los operadores Movistar y Claro, de tal forma que el espectro puesto en concurso fue asignado, de conformidad con las ofertas económicas, entre estos dos operadores.

El hecho de que sólo Movistar y Claro participaron en la licitación 2016LI-000002-SUTEL si bien implica que en el corto plazo no ingresará ningún operador móvil de red nuevo al mercado, también implica que la cantidad de espectro entre operadores móviles alcanzará una distribución más equitativa favoreciendo el objetivo del Poder Ejecutivo al poner dicho espectro en concurso el cual era “fortalecer el desarrollo de los sistemas IMT, así como mejorar la calidad del servicio que reciben los usuarios por medio de la transparencia de información de los servicios y ofertas existentes en el mercado, de tal manera que se garanticen niveles mínimos de la calidad del servicio”.

³ En el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias los servicios móviles se identifican como servicios IMT, que corresponde a las siglas en inglés para International Mobile Telecommunications sean Telecomunicaciones móviles internacionales.

8481-SUTEL-SCS-2017

Asimismo, es necesario considerar que a futuro, producto de la migración a la televisión digital y de conformidad con lo establecido en el “Modelo de Referencia Televisión Digital” publicado por el Viceministerio de Telecomunicaciones y las recientes modificaciones realizadas al Plan de Atribución de Frecuencias (PNAF), se espera liberar 108 MHz de la banda de frecuencias de 700 MHz, los cuales serán atribuidos a la prestación de servicio IMT una vez realizada la migración de la televisión al sistema digital. Todo lo cual permitirá realizar nuevos concursos para la asignación de espectro para servicios móviles, bien sea para el ingreso de nuevos operadores o para las necesidades futuras de los actuales operadores del mercado”.

Así las cosas, es claro que el análisis de la SUTEL sí se apega a lo establecido en la RCS-082-2015, siendo que la SUTEL, y por tal motivo la argumentación de la Defensoría no lleva razón, por lo que sobre este punto no es de recibo su alegato.

2.2.5. Inversión en publicidad

Manifiesta la Defensoría que la RCS-082-2015 establece que las barreras de entrada se deben valorar en función de la facilidad de ingreso de nuevos operadores y proveedores al mercado y que en ningún momento se refiere a la competencia entre operadores ya instalados, concluyendo así que la SUTEL interpreta a su antojo la RCS-082-2015.

Pese a que la Defensoría manifiesta que los análisis de la SUTEL en relación con este punto son contrarios a la RCS-082-2015 lo cierto es que en este punto la Defensoría omite referirse de manera completa a lo establecido en la citada resolución RCS-082-2015 sobre el análisis de la inversión en publicidad (pág. 23):

“Entre menor sea el gasto en publicidad, se estima que menores son las barreras de entrada al mercado.

Entre más homogéneo sea el valor de la inversión anual en publicidad se estima que mayor en la competencia del mercado” (lo destacado es intencional).

Asimismo, en relación con este punto conviene indicar que, de conformidad con lo establecido en la RCS-082-2015, la SUTEL en la RCS-248-2017 reconoce que en el sector de telecomunicaciones móviles los costos de la inversión en publicidad sí constituyen una barrera de entrada (pág. 140):

“La publicidad es un elemento importante dentro de la estrategia comercial de los operadores de telecomunicaciones en general. En la encuesta realizada a los operadores de telecomunicaciones estos habían indicado que consideran que la publicidad es necesaria y que cuentan con un presupuesto específico para asumir este tipo de gastos.

...

En ese sentido los operadores móviles están obligados a realizar inversiones en publicidad, no sólo para poder posicionar su marca y competir en el mercado, sino también para mantener la lealtad de sus clientes o bien erosionar la lealtad de los clientes hacia otras marcas. Con lo cual resulta claro que el gasto en publicidad sí representa una barrera para este mercado, sobre todo para nuevos operadores que quisieran ingresar a proveer servicios, porque requiere fuertes inversiones por parte de los operadores” (lo destacado es intencional).

Sin embargo, y como fue ampliamente explicado en el punto anterior, la valoración que hace la SUTEL sobre el impacto de las barreras de entrada se circunscribe a la realidad del mercado, una realidad en la cual ningún OMR nuevo ingresaría al mercado en el corto plazo. Considerando lo anterior es que la SUTEL llega a concluir 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, con lo cual se puede concluir que este elemento no ha representado una barrera para la competencia de los actuales operadores del mercado”.

Así las cosas, para valorar la conclusión de la SUTEL sobre la inversión en publicidad como barrera para el ingreso de nuevos operadores es necesario considerar que, por lo expuesto de previo, la misma no tiene ningún impacto en que un nuevo OMR pueda o no ingresar al mercado, razón por la cual el análisis más que centrarse en si esta afecta el ingreso de nuevos operadores, debe centrarse en si es homogénea entre los competidores del mercado, que es lo que hizo la SUTEL en su RCS-248-2017.

8481-SUTEL-SCS-2017

En virtud de lo anterior se rechazan los argumentos de la Defensoría sobre el particular y se reitera no sólo que el análisis de la SUTEL en relación con este punto se apeg a lo establecido en la RCS-082-2015 sino que se basa en la situación real del mercado costarricense.

2.2.6. Limitaciones de la competencia en los mercados internacionales

Indica la Defensoría que, pese a que la SUTEL manifiesta que todos los indicadores en relación con las limitaciones de la competencia en los mercados internacionales fueron valorados a partir de encuestas a los indicadores móviles, dado que esas encuestas no se incluyeron en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 no se puede concluir sobre dicho parámetro.

Sobre el particular conviene aclarar que las encuestas realizadas por la SUTEL a los operadores móviles de cara al proceso de revisión de mercados relevantes se refieren a una serie de amplios aspectos relacionados con la forma en que compiten y perciben el nivel de competencia del mercado los operados.

Las respuestas suministradas tanto por los operadores móviles como por el resto de operadores del mercado fueron declaradas confidenciales mediante resolución RCS-016-2016 de las 15:00 horas del 31 de marzo de 2017, esto dado que la información aportada por los operadores del mercado “se refiere al accionar de las empresas y políticas de las mismas, misma que debe mantenerse confidencial”.

Debe tenerse presente que la información aportada por los operadores en respuesta a la nota 7366-SUTEL-DGM-2015, a que hace referencia la Defensoría en su escrito se refiere a: estrategias de mercado de los operadores, políticas comerciales, situación financiera y por tanto cataloga como información con un valor comercial y amerita tratamiento confidencial, toda vez que la divulgación de dichos datos y su conocimiento por parte de otros operadores o proveedores podría generar una ventaja competitiva para los otros actores del sector y un eventual perjuicio para los operadores que suministraron dicha información.

El artículo 273 de la Ley General de Administración Pública, Ley 6227 dispone que “no habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente”.

Así las cosas, la SUTEL puso a disposición en la consulta pública toda aquella información relevante que tenía el carácter de información pública, sin embargo, se ve imposibilitada de poner a disposición de terceros información proporcionada por los operadores y cuyo conocimiento por parte de otros agentes puede llegar a afectarlos.

Sin perjuicio de lo anterior, la SUTEL valoró la información suministrada por los operadores en dicha encuesta y fue la que, de manera agregada para el mercado, puso en conocimiento en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017, concluyendo sobre el particular 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”.

La información plasmada por la SUTEL en su informe 5971-SUTEL-DGM-2017 corresponde a lo indicado por los operadores móviles y presumir lo contrario significaría inferir que la SUTEL está falseando dichos datos, lo cual se descarta de la manera más tajante.

En razón de lo expuesto de previo, se rechaza el argumento de la Defensoría sobre este punto.

2.2.7. Actos de autoridades estatales o municipales que discriminen entre operadores o proveedores

Indica la Defensoría sobre este punto que la SUTEL en su análisis no se apeg a lo establecido en la RCS-082-2015 y que, por tanto, para concluir que existe competencia en el mercado de telecomunicaciones móviles la SUTEL fuerza su argumento en relación con la existencia de trato discriminatorio.

Sobre el particular debe aclararse que la SUTEL, contrario a lo indicado por la Defensoría, sí reconoce que existe un trato discriminatorio y que esta situación afecta la competencia del mercado tanto de los actuales operadores como de cualquier operador que quisiera ingresar, al respecto conviene referirse a lo indicado en la RCS-248-2017 sobre este punto (pág. 141)

8481-SUTEL-SCS-2017

“Asimismo, destaca el tema de una presunta discriminación en los procesos de contratación administrativa de instituciones estatales. Esta situación ha sido denunciada tanto por los operadores de telecomunicaciones móviles, como por otros proveedores de servicios de telecomunicaciones.

Criterios emitidos por el Ministerio de Hacienda y la Contraloría General de la República⁴ han indicado que las instituciones de gobierno deben limitar los procesos de compras por excepción de servicios de telecomunicaciones a empresas del Estado a aquellos casos que realmente resulten excepcionales. Siendo que en todo caso debe existir un estudio de mercado que justifique dicha excepción. En ese mismo sentido y para concientizar sobre este tema la Cámara de Infocomunicación y Tecnología (INFOCOM) ha estado en un proceso de capacitaciones sobre licitaciones en materia de adquisición de servicios de telecomunicaciones, sin embargo, este tema aún no ha sido resuelto plenamente.

Lo anterior evidencia no sólo que en el mercado se han presentado en el pasado situaciones que han puesto en una 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.

Esto además de afectar a los operadores ya establecidos, podría también afectar a nuevos operadores que quisieran ingresar al mercado, sobre todo aquellos actos que afectan y retrasan el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones”.

Así las cosas, equivoca su conclusión al afirmar la Defensoría que la SUTEL concluye en relación con este parámetro que el mismo favorezca la competencia, por el contrario, la SUTEL no sólo reconoce el impacto de este tema en el nivel de competencia del mercado, sino que incluso afirma sobre el particular que:

“... el regulador debe también llevar a cabo los esfuerzos necesarios para evitar este tipo de situaciones discriminatorias y barreras para el despliegue de infraestructura que, en última instancia, terminan afectando a los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, los cuales ven limitada la cobertura y calidad de los servicios que reciben”.

En ese sentido, es claro que la Defensoría malinterpreta la conclusión de SUTEL sobre el particular, de hecho, como se indicó de previo, este es uno de los puntos que la SUTEL identifica que tiene un impacto negativo en el nivel de competencia del mercado.

Sin embargo, se reitera lo indicado a la Defensoría en la RCS-248-2017, en relación con su escrito de observaciones a la consulta pública:

“Es importante señalar que la metodología para el análisis del grado de competencia efectiva en los mercados 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 OFCOM (antes OFTEL), así como por la OECD 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 Europea quien establece que:

⁴ Pronunciamiento DCA-1584 del 08 de julio de 2013 de la División Contratación Administrativa.

8481-SUTEL-SCS-2017

“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).

Como bien es sabido, la posibilidad de la contratación directa entre autoridades estatales o municipales tiene como base legal el artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa, así reconocido por la misma Procuraduría General de la República (PGR) en Opinión Jurídica: 227-J del 11/11/2003, que llega a la conclusión que “De acuerdo con la jurisprudencia constitucional no puede considerarse que la contratación directa en los supuestos excepcionales autorizados por el legislador constituya un rompimiento del orden constitucional y legal”.

Así las cosas, el hecho de que este indicador tenga un resultado negativo, no implica que la SUTEL esté impedida de declarar competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones móviles, toda vez que del análisis integral de los distintos parámetros analizados se concluye que el mercado reunía las condiciones suficientes para ser declarado en competencia. En razón de lo expuesto de previo, se rechaza el argumento de la Defensoría sobre este punto, toda vez que el hecho de que este indicador tenga un resultado no se constituye en elemento suficiente para concluir que el mercado carece de competencia.

2.3. Beneficios obtenidos por los usuarios**2.3.1. Acceso a los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones**

Manifiesta la Defensoría en su escrito que, en el estudio del año anterior, 6419-SUTEL-DGM-2016, se identificaron una serie de elementos que dificultaban un uso adecuado de la información por parte de los usuarios, asimismo indica que la SUTEL no se apega a la RCS-082-2015 en relación con este punto dado que a su criterio la valoración hecha por la SUTEL de que la información necesaria para que los usuarios puedan tomar una decisión informada no es cierta.

En relación con estos argumentos conviene destacar que la RCS-082-2015, establece lo siguiente en relación con este punto (pág. 23):

“Entre más información y detalle, más fácil de acceder y más amigable sea la información que pone el proveedor a disposición del usuario se considera que los beneficios obtenidos por el usuario son mayores”.

Por su parte en la valoración de este parámetro la SUTEL indicó lo siguiente en la RCS-248-2017 (pág. 142):

“El Reglamento del Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones obliga a que los operadores pongan a disposición del usuario final toda la información que sea necesaria para que de manera efectiva puedan tomar una decisión razonada sobre qué servicio adquirir y a cuál oferente. En ese sentido se logra determinar que la siguiente información se encuentra disponible para que los usuarios puedan tomar sus decisiones:

- Los operadores ponen a disposición de los usuarios distintos medios para obtener información relacionada con su oferta comercial, entre ellos⁵: sitio Web, redes sociales, chat, e-mail, líneas telefónicas, sucursales y puntos de venta⁶.
- La SUTEL tiene disponible una serie de información útil para que los usuarios tomen una decisión informada como: información de cobertura de las redes móviles⁷, información sobre encuestas de percepción de

⁵ 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.

⁶ Encuesta a los operadores móviles realizada por SUTEL por medio de oficio 8514-SUTEL-DGM-2016.

⁷ Disponible en el sitio Web: <http://mapas.sutel.go.cr/>

8481-SUTEL-SCS-2017

calidad del servicio⁸, información de calidad de las redes⁹, 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 usuarios¹⁰

En ese sentido se concluye, que el acceso a la información de la oferta comercial de los operadores no constituye en sí mismo un problema para los usuarios, porque los operadores tienen su oferta comercial disponible por diferentes medios” (lo destacado es intencional).

Lo anterior permite identificar que en su análisis, la SUTEL se apega en su totalidad a lo referido en la RCS-082-2015 y en ese sentido no lleva razón la Defensoría en su punto. Asimismo, conviene indicar que la Defensoría en su escrito se limita a señalar su punto de vista, sobre lo que considera debe ser suficiente información de los operadores para el usuario, sin embargo, no indica qué información relevante se requiere para la toma de decisiones por parte de los usuarios, tampoco logra demostrar como la supuesta falta de esa información impide que el usuario pueda tomar su decisión de compra. Así mientras que la Defensoría no demuestra su argumento, mediante prueba que lo acredite, la SUTEL sí da por acreditado, por medio de una revisión de los distintos sitios Web y redes sociales de los operadores, que estos tienen a disposición del usuario la información necesaria.

Ahora bien, la Defensoría aprovecha las manifestaciones de la SUTEL en relación con el sistema que distinguimos como el “comparador de tarifas”, para llegar a concluir que la información que tienen a disposición los operadores no es “amigable”. Es importante indicar que esa es una conclusión propia de la Defensoría y no de la SUTEL, por lo que conviene rescatar lo indicado en la RCS-248-2017, en cuanto indica:

“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 aumente 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.

Este sistema no sólo le permitirá al usuario determinar qué planes de los ofrecidos en el mercado se ajustan a sus niveles de consumo reales (pertinente), sino que también le facilitará la elección de un determinado operador de acuerdo a sus necesidades (información útil)”.

Por lo anterior, conviene reitera a la Defensoría lo que se le indicó en relación con este punto en la RCS-248-2017 (pág. 83) “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”.

En virtud de lo anterior, no son de recibo los argumentos de la Defensoría en relación con este punto, toda vez que el análisis de la SUTEL en relación con este punto se apega a lo establecido en la RCS-082-2015 y demuestra que los operadores sí han puesto a disposición de los usuarios información fácil de acceder, en detalle y amigable.

Asimismo conviene indicar que la SUTEL, quien cree firmemente que el acceso oportuno a información pertinente y útil le genera un beneficio al usuario, ha desarrollado una serie de acciones adicionales para aumentar la información con que cuenta el usuario final, esto de cara a la nueva etapa regulatoria del mercado, ya que un componente fundamental de cara a un mercado en competencia es que los usuarios finales cuenten con información que los empodere y les permita hacer una toma adecuada de decisiones de consumo.

⁸ Disponible en el sitio Web: <https://sutel.go.cr/noticias/comunicados-de-prensa/resultados-encuesta-de-percepcion-y-grado-de-satisfaccion-de-la>

⁹ Disponible en el sitio Web <https://sutel.go.cr/noticias/comunicados-de-prensa/sutel-evalua-desempeno-de-redes-moviles-2g-3g-y-4g>

¹⁰ 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.

8481-SUTEL-SCS-2017

Así la SUTEL, por medio de su página web www.sutel.go.cr, ha puesto a disposición del público en general, información complementaria a la publicada por los operadores y proveedores de los servicios de telecomunicaciones. Dicha información ha sido recopilada a través de las diferentes unidades administrativas de la SUTEL, y plasma el trabajo efectuado en procura de velar por el cumplimiento de las disposiciones de Ley.

La actual página WEB de la SUTEL, contiene diversos recursos de información, entre los cuales se destacan los siguientes:

- Los pasos para poder interponer reclamaciones.
- Enlace para interponer reclamaciones por medio de la página web de la SUTEL.
- Acceso a la plataforma de "Registro Prepago".
- Posibilidad de verificar el IMEI¹¹ del terminal y validar si el celular que desea adquirir fue reportado como robado o extraviado y si se encuentra bloqueado.
- Acceso a Mapas de cobertura, herramienta mediante la cual la SUTEL publica la totalidad de los datos recopilados durante las pruebas de campo, y que permite al usuario comparar las condiciones de calidad de servicios de los operadores ICE, Claro y Telefónica.
- Acceso a la plataforma de portabilidad numérica.
- Información referente al bloqueo de terminales robadas.
- Información referente a homologación de contratos y sus beneficios.
- Acceso a documentos que se encuentren en proceso de audiencia pública, así como consulta pública.
- Información referente a espectro radioeléctrico.
- Información de tarifas vigentes.
- Información referente a los indicadores del sector de telecomunicaciones.
- Información referente a derechos de los usuarios, contratos aprobados y operadores autorizados.
- Información referente a competencia, la cual pone a disposición de los usuarios el acceso a las guías de competencia, resoluciones de competencia, normativa aplicable, entre otros.
- Información referente a Fonatel y sus programas.
- Acceso a la plataforma del Registro Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593.

Tomando en consideración la necesidad de información por parte de los usuarios finales, y con la finalidad de poder concentrar la anterior información de forma ordenada y de acceso rápido, la SUTEL habilitó en su página WEB el enlace "Información al usuario", cuyo icono se muestra en la figura a continuación.



Figura 1. Icono de acceso a Información de usuario disponible en la página WEB de la SUTEL.

En la figura a continuación, se muestra el contenido del citado enlace.

¹¹ IMEI por las siglas en inglés de *International Mobile Station Equipment Identity* en español identidad internacional de equipo móvil es un código pregrabado en los teléfonos móviles. Este código identifica al aparato de forma exclusiva a nivel mundial.

8481-SUTEL-SCS-2017



INFORMACIÓN AL USUARIO

Inicio / A SU SERVICIO / Información al usuario

- Calidad de servicio**
 - Cobertura y velocidad móvil
 - Evaluación calidad de servicios según usuarios
- Derechos del usuario**
 - Derecho a la información
 - Derecho a una facturación
 - Derecho a la Portabilidad numérica
 - Homologación de terminales
 - Registro prepago
 - Robo de terminales
 - Contratos de adhesión
 - Reclamaciones
 - Preguntas frecuentes
- Mercado de Telecomunicaciones**
 - Tarifas vigentes
 - Indicadores del sector
 - Operadores autorizados
 - Promoción de la competencia en el sector
 - Resolución declaratoria en competencia mercado móvil
- Fonatel**
 - ¿Que es FONATEL?
 - Programa #1 Comunidades conectadas
 - Programa #2 Hogares conectados
 - Programa #3 Centros Públicos equipados
 - Programa #4 Espacios Públicos conectados
 - Guía para presentar iniciativas al FONATEL
 - Preguntas frecuentes

Figura 2. Contenido del enlace Información de usuario disponible en la página WEB de la SUTEL.

Este enlace, concentra la información de mayor consulta, para facilitarle al usuario su acceso y permitir la consulta inmediata. El enlace pone a disposición de los usuarios, información que les permite:

1. Informarse sobre los resultados de las evaluaciones de calidad de servicio a nivel nacional de telefonía móvil e Internet móvil, evaluaciones que se efectúan anualmente por parte de la SUTEL en todo el territorio nacional. Los resultados de estas evaluaciones son publicados en el portal WEB mapas.sutel.go.cr (ver figura a continuación).

8481-SUTEL-SCS-2017

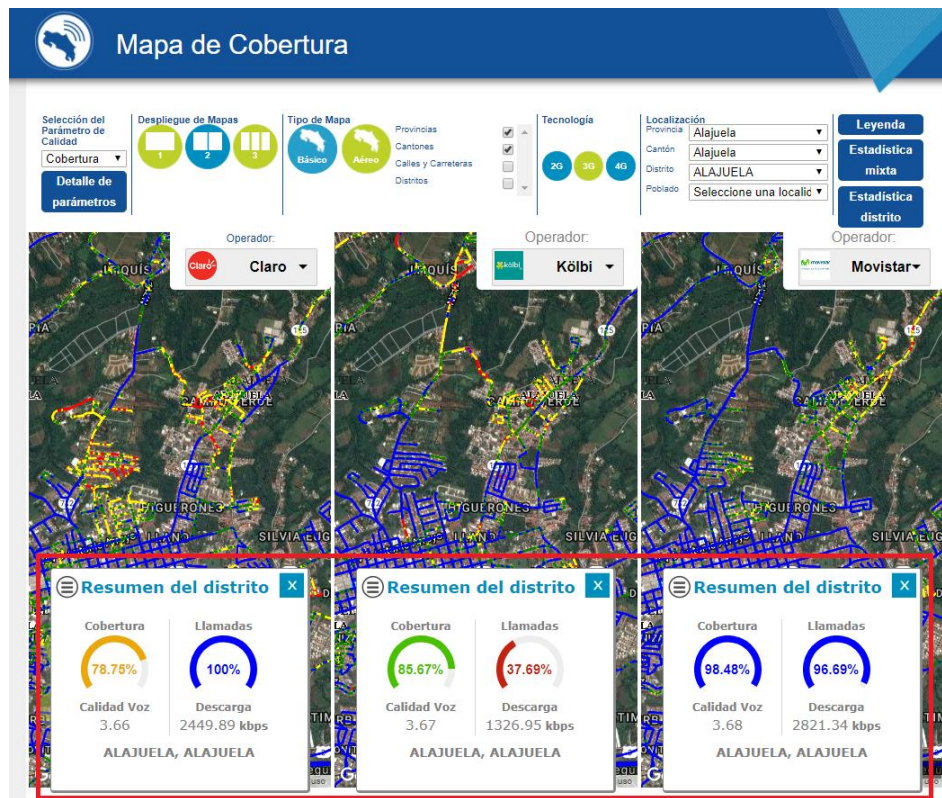


Figura 3. Portal WEB mapas.sutel.go.cr.

2. Conocer los resultados de las evaluaciones de percepción y grado de satisfacción de los servicios de telecomunicaciones. El citado estudio implica la aplicación de encuestas a los usuarios finales de los servicios de telefonía fija, telefonía móvil, Internet móvil, Internet fija y televisión por suscripción.
3. Tener conocimiento sobre sus derechos como usuarios finales, entre los cuales se incluye el derecho a la información, derecho a facturación, derecho a portabilidad numérica, homologación de terminales, registro prepago, robo de terminales, contratos de adhesión, reclamaciones, así como preguntas frecuentes adicionales que el usuario pueda tener.
4. Tener acceso a información de tarifas, indicadores del sector de telecomunicaciones, el listado de operadores autorizados, promoción de la competencia en el sector y resoluciones de competencia.
5. Tener acceso a información referente a los programas de servicio y acceso universal con cargo a Fonatel.

Cabe indicar, que la SUTEL continúa trabajando año con año en implementar proyectos que permitan aportar información adicional a los usuarios finales para su proceso de toma de decisiones. Como, por ejemplo, el sistema “Herramienta web para el manejo y comparación de los precios y tarifas de los operadores de servicios de telecomunicaciones” o “Comparador de precios y tarifas” mediante el cual los usuarios podrán consultar las ofertas de los operadores y proveedores de los servicios de telecomunicaciones y compararlas, brindando así transparencia y contribuyendo a que los usuarios cuenten con mayor información que facilite su proceso de toma de decisiones de consumo. Esta herramienta será alimentada por los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones de forma diaria, permitiendo a los usuarios tener acceso a los datos en tiempo cuasi real. Esta herramienta está en fase de prueba y muy pronto estará disponible al público en general.

También se puede destacar el proyecto denominado: “Sistema de Monitoreo de Calidad de Servicio o Visor de Calidad”, mediante el cual se pondrá a disposición de los usuarios finales un portal WEB denominado Visor de Calidad, que les permitirá a los usuarios finales conocer los resultados de diferentes indicadores de calidad de los servicios de telefonía móvil, Internet móvil e Internet fijo, para contar con información adicional que facilite la toma de decisiones.

8481-SUTEL-SCS-2017

Este sistema comprende 96 sitios de medición distribuidos a nivel nacional, en los cuales se contará con equipos que recopilaren datos del comportamiento de los servicios indicados. Estos datos recopilados serán procesados, almacenados y actualizados para los usuarios finales mes a mes. Adicionalmente, el portal WEB también detallará para cada indicador y servicio evaluado el nivel mínimo de calidad válido. En la figura a continuación se aprecia una versión preliminar del citado portal WEB.

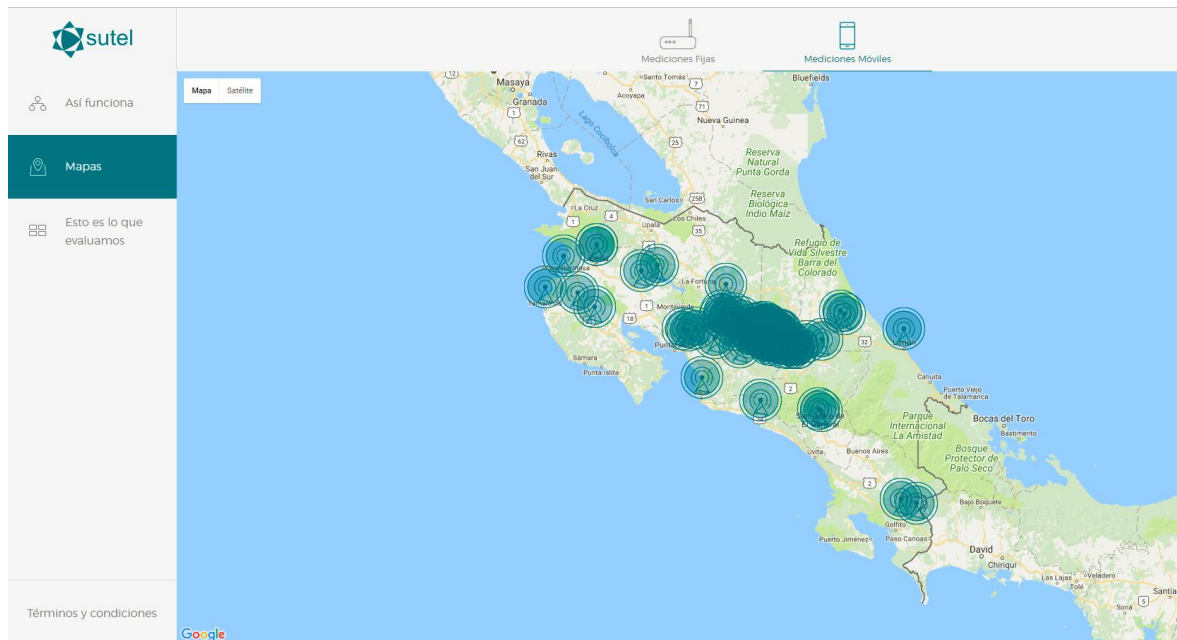


Figura 4. Propuesta preliminar del portal WEB Visor de Calidad.

2.3.2. Accesibilidad de los precios

Sobre el tema de accesibilidad de precios indica la Defensoría que la RCS-082-2015 establece que el mismo debe determinarse a través de la tendencia decreciente en precios a través de tres indicadores: tendencias de precios (precios promedio), canasta de precio y comparación internacional, siendo que a su criterio la información se encuentra en otras secciones y se utilizó con otros fines, por lo cual no puede ser valorada en relación con este parámetro particular.

En relación con lo anterior, es claro que la SUTEL valoró los anteriores parámetros de precios definidos en la RCS-082-2015 en relación con tendencias de precios, canastas de precios y comparación internacional en la RCS-248-2017, como se detalla de seguido:

- **Tendencias de precios (precios promedio)**

Información visible en los Gráficos 6 y 8 de la RCS-248-2017, los cuales muestran la evolución de los precios promedio pagados por los usuarios para el caso de las llamadas móviles y de los datos móviles, respectivamente. El Gráfico 6 evidencia que entre 2010 y 2016 el precio promedio de las llamadas pasó de 31,4 colones por minuto a 26,2 colones/minuta. El Gráfico 6 evidencia que entre 2014 y 2016 el precio promedio de los datos móviles pasó de 5,2 colones/MB a 4,2 colones/MB, como se evidencia de seguido.

8481-SUTEL-SCS-2017

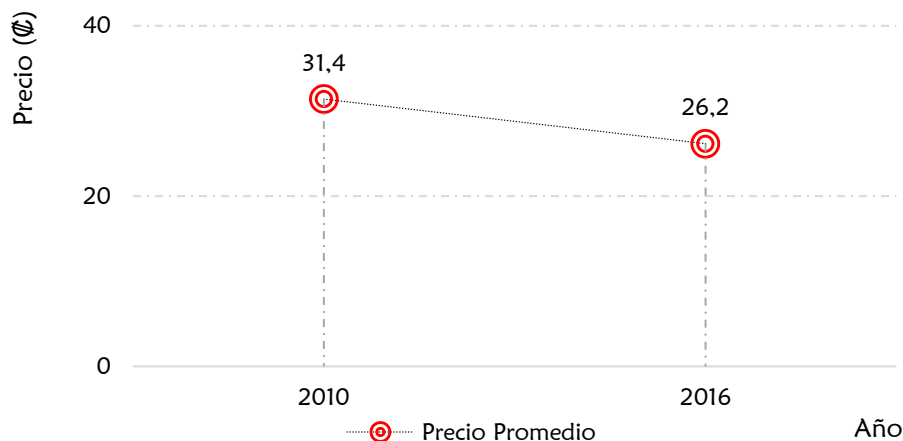
“Gráfico 6

Costa Rica: Servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

Evolución del precio efectivo promedio pagado por el usuario por el servicio de llamadas¹.

Años 2010² y 2016.

(Precio en colones)



Nota:

¹ Las cifras son en colones por minuto.

² Los datos de 2010 se estimaron a partir de información del expediente SUTEL OT-060-2010.

Fuente: Elaboración propia a partir de información suministrado por los operadores móviles en respuesta a los oficios 1173-SUTEL-DGM-2017, 1174-SUTEL-DGM-2017, 1175-SUTEL-DGM-2017, 1176-SUTEL-DGM-2017 y 1177-SUTEL-DGM-2017.”

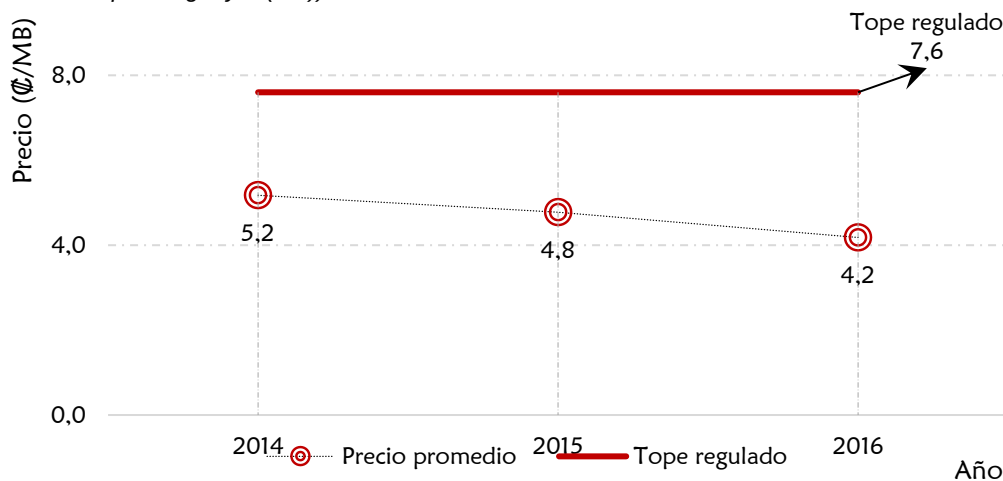
“Gráfico 8

Costa Rica: Servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

Comparación del precio efectivo promedio pagado por el usuario por el servicio de datos y el tope tarifario vigente

¹. Período 2014-2016.

(Precio en colones por megabyte (MB))



Nota:

¹ Se considera el tope definido para el servicio prepago mediante RCS-295-2012.

8481-SUTEL-SCS-2017

Fuente: Elaboración propia a partir de Información suministrado por los operadores móviles en respuesta a los oficios 1173-SUTEL-DGM-2017, 1174-SUTEL-DGM-2017, 1175-SUTEL-DGM-2017, 1176-SUTEL-DGM-2017 y 1177-SUTEL-DGM-2017.”

- **Canastas de precios**

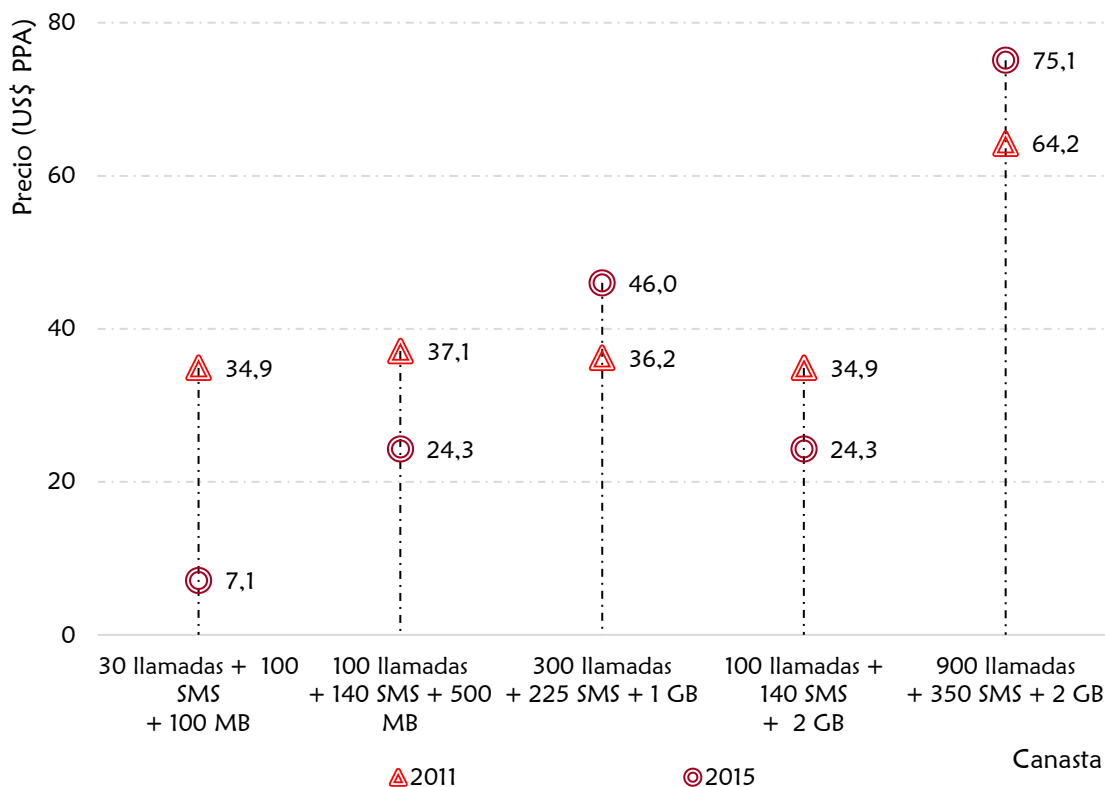
Información visible en los Gráficos 5 y 23 de la RCS-248-2017, los cuales muestran la evolución de los precios de distintas canastas de consumo. El Gráfico 5 evidencia la evolución del precio en Costa Rica entre los años 2011 y 2015 de distintas canastas de consumo. El Gráfico 23 muestra la comparación de las anteriores canastas de consumo para el año 2015 con el promedio de una muestra de países comparables (los cuales se definieron de conformidad con lo establecido en el documento contenido en el Anexo 1 del informe 5971-SUTEL-DGM-2017), como se evidencia de seguido.

“Gráfico 5

Servicio minorista de telecomunicaciones móviles:

Evolución de los precios mínimos, ofrecidos para las canastas de consumo definidas por la OCDE. Año 2011 y 2015.

(Precio en US\$ PPA)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe final de la contratación 2015LA-000007-SUTEL”.

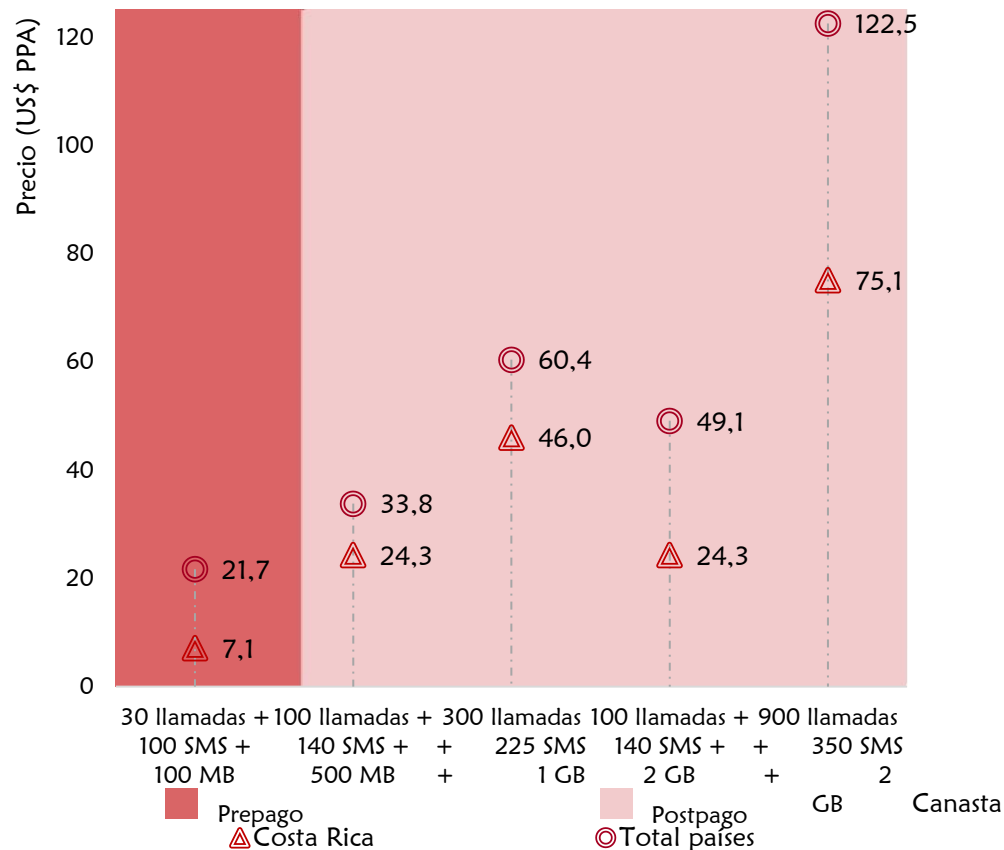
8481-SUTEL-SCS-2017

“Gráfico 23

Servicio minorista de telecomunicaciones móviles:

Comparación de los precios mínimos ofrecidos para las canastas de consumo definidas por la OCDE en Costa Rica con una serie de países comparables. Año 2015.

(Precio en US\$ PPA)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe final de la contratación 2015LA-000007-SUTEL”.

• **Comparación con países internacionales**

Información visible en los Gráficos 22 y 23 de la RCS-248-2017, los cuales muestran distintas comparaciones entre los precios ofrecidos en Costa Rica con los precios ofrecidos en otros países. El Gráfico 22 muestra un comparativo del precio del servicio móvil prepago en Costa Rica con una serie de países según información del Foro Económico Mundial. El Gráfico 23 muestra la comparación de una serie de canastas de consumo para el año 2015 con el promedio de una muestra de países comparables (los cuales se definieron de conformidad con lo establecido en el documento contenido en el Anexo 1 del informe 5971-SUTEL-DGM-2017), como se evidencia de seguido.

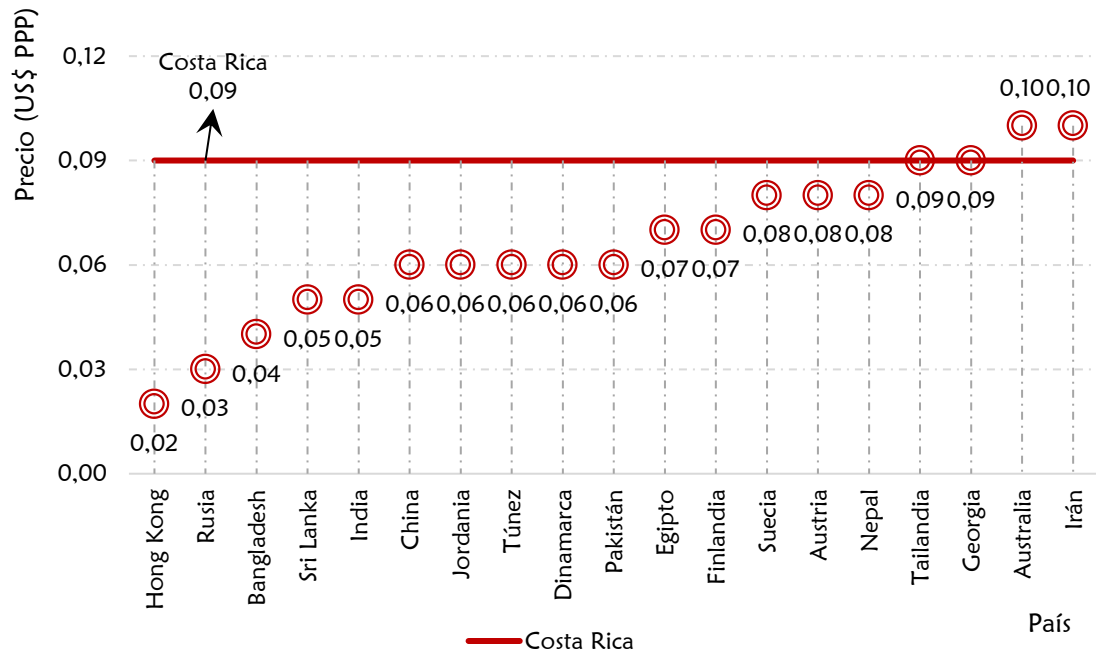
8481-SUTEL-SCS-2017

"Gráfico 22

Servicio minorista de telecomunicaciones móviles:

Primeros 20 puestos del Ranking Mundial del Indicador sobre Asequibilidad de los Precios del Servicio Móvil Prepago del Foro Económico Mundial. Año 2016.

(Precio en US\$ PPP)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Foro Económico Mundial".

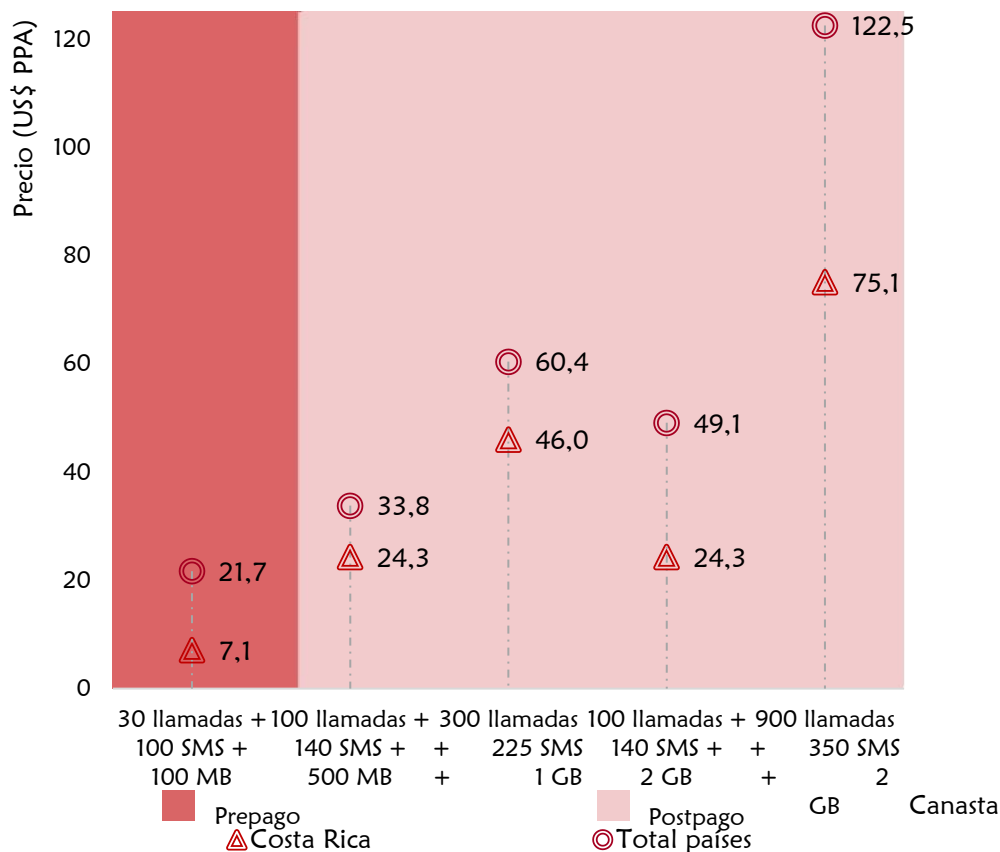
8481-SUTEL-SCS-2017

“Gráfico 23

Servicio minorista de telecomunicaciones móviles:

Comparación de los precios mínimos ofrecidos para las canastas de consumo definidas por la OCDE en Costa Rica con una serie de países comparables. Año 2015.

(Precio en US\$ PPA)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe final de la contratación 2015LA-000007-SUTEL”.

Lo anterior evidencia que la SUTEL consideró en su análisis todos los elementos necesarios para concluir que los precios de los servicios de telecomunicaciones móviles no sólo han bajado, sino que muestran niveles más bajos en comparación con una muestra de países comparables y que también se ubican por debajo del límite de asequibilidad definido por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Gráfico 24 de la RCS-248-2017).

En virtud de lo anterior, no son de recibo los argumentos de la Defensoría en relación con este punto, toda vez que el análisis de la SUTEL se apega y contempla los elementos establecidos en la RCS-082-2015.

2.3.3. Oferta disponible de servicios

En relación con este punto la Defensoría de los Habitantes no indica elementos adicionales, simplemente reitera que está de acuerdo con el abordaje de la SUTEL y que este parámetro proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles.

2.3.4. Satisfacción de los clientes con los servicios

La Defensoría indica que la SUTEL sin un análisis integral de la “Encuesta de percepción de calidad de los servicios” concluyó que existe un mercado con un adecuado nivel de satisfacción en el servicio, siendo que a su criterio que “en

8481-SUTEL-SCS-2017

conjunto” los operadores no cumplieron las expectativas de los usuarios finales, pues sólo obtienen un promedio ponderado de 51,67% de cumplimiento y que SUTEL no presenta argumentos técnicos para refutar lo indicado por la Defensoría.

En relación con el argumento de la Defensoría en relación con que la SUTEL no hizo una adecuada valoración de la “Encuesta de percepción de calidad de los servicios”, conviene aclarar que la SUTEL no sólo valoró a profundidad dicha encuesta, sino que incluso la puso a disposición de los interesados en el proceso de consulta pública (visible al Anexo 3 del oficio 5971-SUTEL-DGM-2017 contenido en un CD visible a folio 233 del expediente administrativo).

Sobre el argumento del 51,67% conviene indicar que en su cálculo la Defensoría omite deliberadamente incluir el parámetro de “cumplimiento parcial de expectativas”, incluyendo dicho valor en el cálculo y siguiendo la metodología de la Defensoría se encuentra que el porcentaje de cumplimiento de los operadores es de 93,1 (calculado a partir de la información de los Gráficos 3 y 27 de la RCS-248-2017).

En virtud de lo anterior se concluye que, al considerar la información completa, el nivel de cumplimiento de expectativas de calidad por parte de los operadores es adecuado.

Conviene indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60, inciso d) y e) y en el artículo 73 inciso a) y k) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, así como lo establecido en el Capítulo Primero del Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios, la SUTEL debe fiscalizar el cumplimiento de los estándares de calidad de los servicios de telecomunicaciones.

Por lo anterior, y como parte del plan de trabajo de la Dirección General de Calidad, desde hace varios años se formuló dentro de los proyectos ordinarios de la SUTEL la “Encuesta de Percepción de Calidad”, la cual se realiza de manera anual con el objetivo de evaluar el grado de percepción y satisfacción de los usuarios finales respecto de los servicios de telecomunicaciones.

Con el objetivo de permitir la inferencia estadística de los resultados obtenidos, en esta encuesta se aplican metodologías robustas, comparables, fidedignas y principalmente oportunas.

Por otra parte, el indicador final de dicha encuesta se encuentra plasmado en indicador “Grado de satisfacción y percepción de la calidad”, el cual es medido a través de cinco factores: atención telefónica, atención personalizada, reparación de averías, facturación del servicio y funcionamiento del servicio brindado. Los cuales se armonizan para así de manera integral ofrecer una valoración sobre el grado de satisfacción y percepción que tienen los usuarios del servicio de telefonía móvil.

Por lo anterior, es importante señalar que, a pesar de tener la oportunidad de inferir resultados a nivel de cada factor por operador, esta operación estadística está estratégicamente diseñada para ofrecer conclusiones finales asociadas a su indicador global. Por consiguiente, el análisis particular de un factor determinado, como lo pretende hacer la Defensoría en su análisis, no sustituye las conclusiones del indicador global al cual está circunscrito.

En virtud de los elementos anteriores, se concluye que el argumento de la Defensoría no es de recibo.

2.4. Análisis prospectivo**2.4.1. Cambios tecnológicos previsible**

Manifiesta la Defensoría que la SUTEL no reseña que en el mercado se vayan a presentar cambios tecnológicos mayores, dado que desde su punto de vista la implementación al 100% de la red 4G no constituye un cambio tecnológico relevante pues es una realidad ocurrió desde el 2013 y por lo demás, a su criterio la situación se mantendrá sin cambios durante los próximos 10 años.

SUTEL difiere de lo indicado por la Defensoría en relación con el hecho de que la implementación al 100% de la cobertura 4G no puede considerarse como un cambio tecnológico relevante para el sector móvil.

En primer lugar, a nivel de usuario final el cambio entre la tecnología 3G y la tecnología 4G es evidente ya que la tecnología 3G ofrece en promedio una velocidad de conexión a internet 1,5 Mbps mientras que la tecnología 4G ofrece en promedio una velocidad de conexión a internet de entre 12-15 Mbps. Así, desde la experiencia del usuario en relación con el servicio también existe un cambio muy importante en relación con la ampliación de la tecnología 4G.

8481-SUTEL-SCS-2017

En segundo lugar, no se puede dejar de tener presente que para 2016 sólo un 46% de los distritos del país tenían cobertura de la red 4G, como lo indica el Gráfico 13 de la RCS-248-2017, eso quiere decir que los operadores aún deben cubrir más de un 50% de los distritos con dicha tecnología.

En cuarto lugar, no puede omitirse el costo de implementar una actualización de la red de esta naturaleza, según la Federal Communications Commission de Estados Unidos (FCC)¹² el costo para los operadores de actualizar un sitio a la tecnología 4G puede llegar a oscilar entre US\$ 79.443 y US\$ 100.632 por sitio (según la naturaleza del sitio) y actualmente en Costa Rica hay 5.605 sitios entre los tres operadores móviles de red, así que es innegable la envergadura de la inversión que debe ser realizada para actualizar una red de la tecnología 3G a la tecnología 4G.

En quinto lugar, conviene aclarar que si bien el ICE comunicó el lanzamiento de dicha tecnología desde 2013, lo cierto es que inicia su comercialización hasta el 2014 y es en 2015 donde empieza a ofrecer de manera generalizada al público dicho servicio como parte de sus planes postpago.

Por lo anterior, se concluye que no lleva razón la Defensoría en su argumento de que la ampliación de la red 4G no puede considerarse como un cambio tecnológico relevante a ser tenido en cuenta en el análisis.

Finalmente, y si lo anterior no fuera suficiente, la RCS-248-2017 también destaca que está pronta a iniciar la migración hacia las redes 5G, se espera que los primeros despliegues mundiales se den a partir del año 2020, así tampoco es cierto lo indicado por la Defensoría de que el mercado se mantendrá “sin cambios tecnológicos los próximos 10 años”.

Así, por no llevar razón en sus argumentaciones, el argumento de la Defensoría debe ser rechazado.

2.4.2. Tendencias del mercado**2.4.2.1. Anuncios del ingreso o salida de operadores del mercado**

Manifiesta la Defensoría que se equivoca SUTEL al interpretar que el hecho de que este parámetro no presente ningún cambio, simplemente resulta ser un dato del estado actual del mercado y que a su criterio esto es un indicio de que no existe competencia en el mercado. Además, indica que la interpretación de la SUTEL es contraria a lo indicado por la RCS-082-2015.

Sobre este punto en primer lugar hay que referirse a cuál es la naturaleza y qué propósito tiene el incluir parámetros prospectivos en el análisis del grado de competencia efectiva, y para tales propósitos conviene referirse a la RCS-082-2015, la cual establece que el parámetro de tendencias del mercado “se refiere a cambios significativos en las tendencias del mercado que no son capturadas por un análisis enfocado estrictamente en los resultados presente a históricos en el mercado”.

Es decir, el objeto de los indicadores contenidos en la sección prospectiva es determinar si existe algún elemento que previsiblemente en el corto plazo pueda llegar a afectar, positiva o negativamente, el estado actual del mercado. En ese sentido el hecho de que se indique que en relación con un determinado parámetro no se prevén cambios no es un indicio per sé de que exista o no exista competencia, sino simplemente es un elemento que indica que la situación competitiva del mercado debe ser valorada de cara la situación actual, toda vez que no se espera que en el corto plazo se presenten situaciones que mejoren o empeoren la actual dinámica competitiva del mercado.

Así, conviene recordar lo indicado a la Defensoría en la RCS-248-2017 en relación con la respuesta a su escrito de observaciones a la consulta pública en tanto que hay parámetros del análisis prospectivo que “al no presentar un cambio o evolución, resultan ser datos informativos sobre el estado actual del mercado en el aspecto que evalúa”. Así las cosas, si se valora la Tabla resumen contenida en el punto 1 de respuesta a los argumentos del recurso de la Defensoría se encuentra que la SUTEL no toma ese elemento como un indicio de competencia en el mercado, sino simplemente como un elemento que no tiene impacto, lo que es distinto.

Lo anterior lleva a concluir que la Defensoría malinterpreta la forma en que este parámetro influye en el análisis llevado a cabo por la SUTEL, con lo cual llega a conclusiones erróneas tanto sobre el análisis de la SUTEL en relación con este parámetro como con el impacto que este tiene en el grado de competencia en el mercado. Así, al no llevar razón la Defensoría en su argumento, este debe ser rechazado.

¹² FCC (2010). A broadband network cost model. OBI Technical Paper No. 2.

8481-SUTEL-SCS-2017

2.4.2.2. Evaluación probable de ofertas comerciales

Manifiesta la Defensoría que la SUTEL no respalda su análisis de que la oferta comercial va a variar y que se limita a indicar que “espera” que los operadores se trasladen hacia planes donde el acceso a internet se vuelva más relevante, indica además que a su criterio la información de los Gráficos 29 y 30 (la cual se detalla más abajo) no es suficiente para respaldar la conclusión de la SUTEL.

Para valorar el argumento de la Defensoría de que SUTEL “se limita a exponer una expectativa de la evolución de la oferta comercial” conviene en primer lugar referirse a la definición del término “prospectivo”. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española indica que “prospectivo” se refiere a un “conjunto de análisis y estudios realizados con el fin de explorar o predecir el futuro de una determinada materia”. Es decir, justamente la característica del análisis prospectivo de una variable es que se refiere a una expectativa de lo que puede suceder en el futuro.

En ese sentido los análisis realizados por la SUTEL en toda esta sección se refieren justamente a elementos que se proyecta o “se espera” impacten la competencia del mercado. Así se emplea el término “se espera” porque aunque hay evidencia que sustenta la proyección de la SUTEL, esta no deja de ser una valoración probable de un hecho futuro.

En relación con la supuesta falta de fundamentación aludida por la Defensoría, llama la atención que en su escrito indique que considera que la información que consta en los Gráficos 29 y 30 de la RCS-248-2017 no es suficiente, ya que estos Gráficos aportan completa fundamentación a la valoración hecha por la SUTEL en relación con la evolución de la oferta comercial.

El Gráfico 29 muestra la evolución del consumo promedio de los usuarios costarricenses en relación con los servicios de llamadas, evidenciando con la mayor claridad una tendencia creciente hacia el consumo de datos y una tendencia decreciente del consumo de llamadas.

El Gráfico 30 contiene una proyección llevada a cabo por CISCO en relación con la evolución de la velocidad promedio ofrecida por los operadores móviles latinoamericanos en el servicio de acceso a internet móvil.

A continuación, se destaca la información contenida en la RCS-248-2017 en relación con dichos Gráficos (págs. 155 y 156)

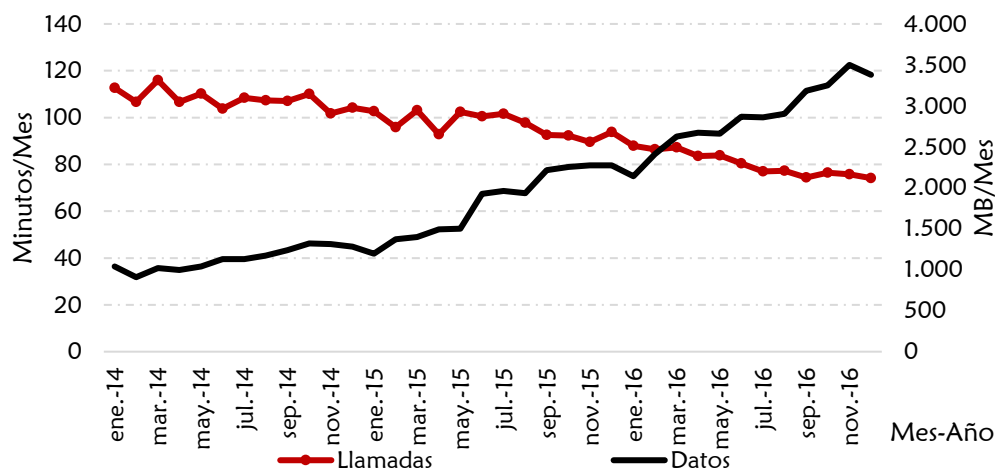
“Gráfico 29

Costa Rica: Servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

Evolución del consumo promedio por mes por usuario de los servicios de llamadas y datos.

Periodo 2014-2016.

(Llamadas en minutos / mes – Datos en MB / mes)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de los proveedores recolectada por el Área de Análisis Económico de Sutel.”

8481-SUTEL-SCS-2017

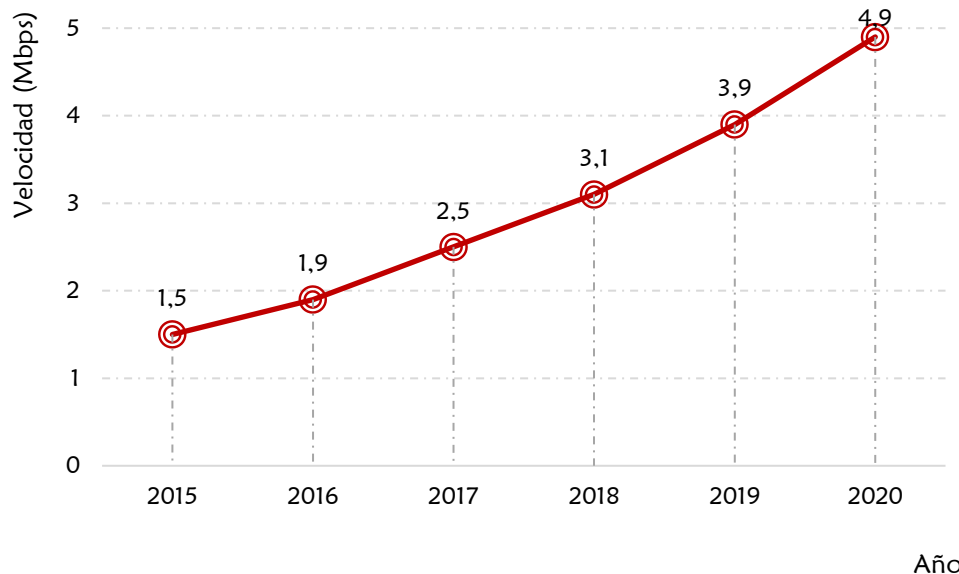
“Gráfico 2

Latinoamérica: Servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

Proyección de la evolución de la velocidad promedio de las conexiones móviles a internet.

Periodo 2015-2020.

(Velocidad en megabits por segundo (Mbps))



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Cisco”.

Lo anterior demuestra el fundamento sobre el cual la SUTEL sustentaba su proyección sobre la evolución probable de la oferta comercial y es que esta se enfocará en satisfacer una mayor demanda de datos (internet), sustentado lo anterior tanto desde la perspectiva de la oferta (Gráfico 30) como de la demanda (Gráfico 29) del servicio.

Asimismo, es claro que el análisis de la SUTEL cumple con lo referido en la RCS-082-2015 en relación con dicho punto, toda vez que dicha resolución establecía lo siguiente: “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”.

Por lo anterior, se concluye que no lleva razón la Defensoría en su argumentación, razón por la cual el argumento de su recurso en relación con este punto debe ser rechazado.

2.4.2.3. Tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores

La Defensoría indica sobre este punto, que no comparte el argumento de la SUTEL de que la información contenida en los Gráficos 31 y 32 sea suficiente para determinar las tendencias esperadas de comportamiento de los consumidores, por lo cual no comparte la conclusión a la que se llega.

En relación con dicho argumento es necesario tener presente que el recurso de la Defensoría se limita a indicar que no comparte el criterio de la SUTEL en relación con la información contenida en los Gráficos 31 y 32 (los cuales se detallan más adelante), sin embargo, no indica por qué dicha información no es suficiente o si dicha información la lleva a concluir de manera distinta a la de SUTEL. Tampoco establece cuál información debería constar en esta sección o cuáles datos sí serían suficientes para respaldar la conclusión de la SUTEL de que los consumidores costarricenses continuarán demandando mayores niveles de consumo de datos (internet).

El Gráfico 31 de la RCS-248-2017 muestra la distribución de los usuarios por su volumen de consumo de datos, evidenciando con toda claridad que entre 2013 y 2017 los usuarios se habían movido de niveles de consumo de datos más bajo (menos de 500 MB por mes) hacia niveles de consumo de datos más altos (superiores a 1 GB por mes).

8481-SUTEL-SCS-2017

El Gráfico 32 de la RCS-248-2017 contiene una proyección de CISCO del consumo de datos para diferentes tipos de dispositivos para el período 2015-2020, evidenciando el crecimiento en el tráfico de datos para dicho período.

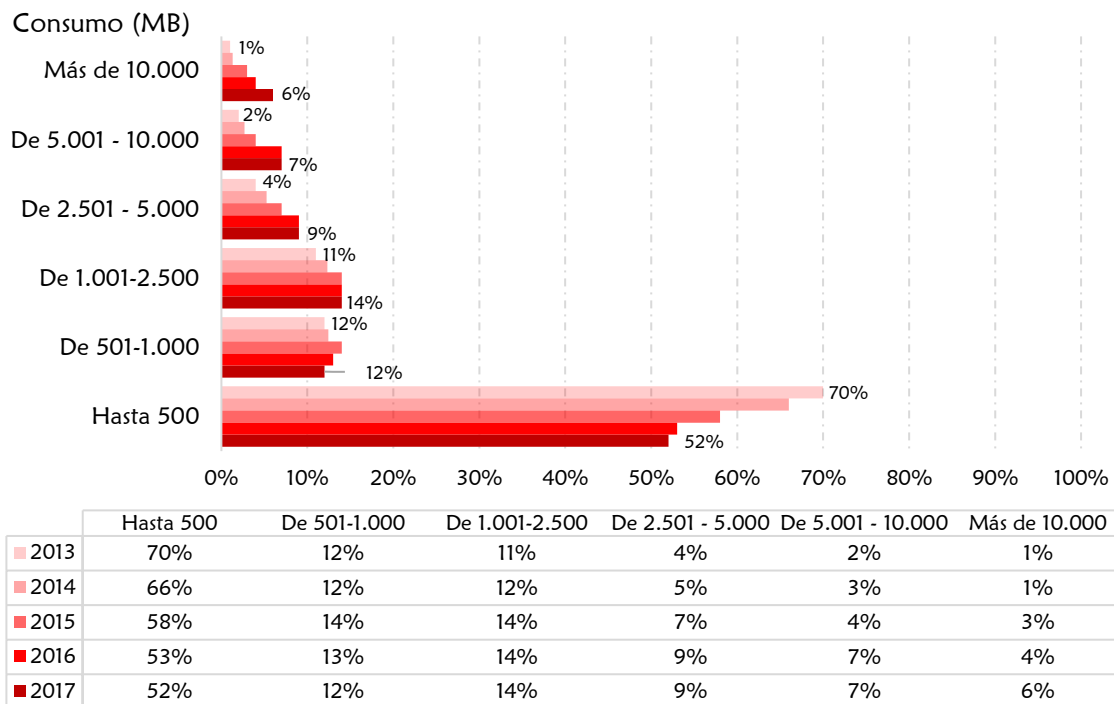
La información de los Gráficos 29 y 30, en la cual la SUTEL fundamenta su conclusión de la RCS-248-2017 sobre las tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores, se indica a continuación (págs. 156 y 157):

"Gráfico 31

Costa Rica: Servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

Distribución de los usuarios por volumen de consumo de datos. Años 2013 a 2017.

(Distribución porcentual - Cifras de consumo de datos en megabyte (MB))

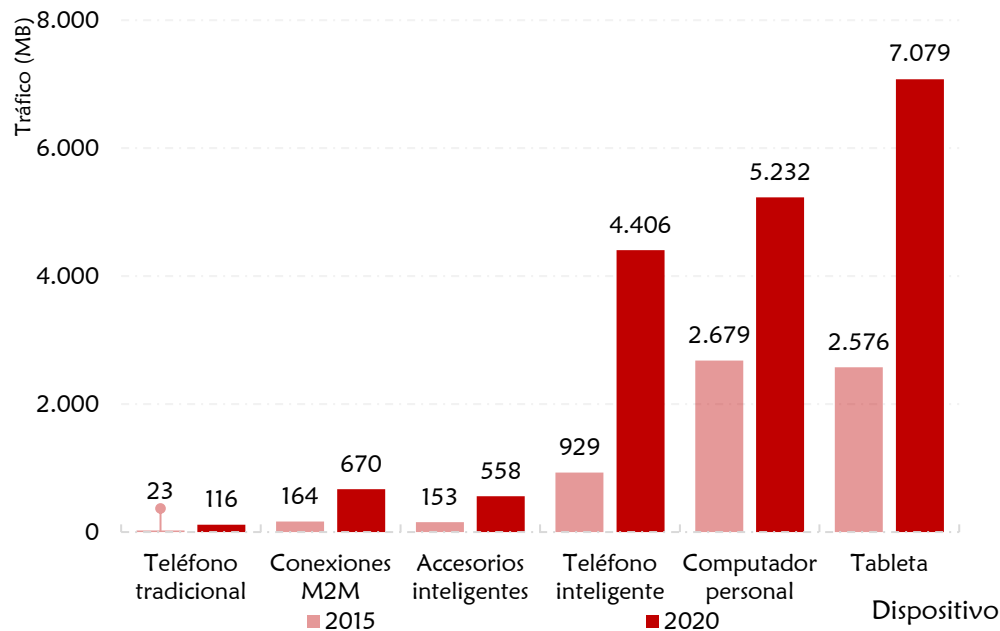


Fuente: Elaboración propia a partir de información aportada por los operadores móviles."

8481-SUTEL-SCS-2017

“Gráfico 32

Costa Rica: Servicio minorista de telecomunicaciones móviles.
Proyección del tráfico por tipo de dispositivo. Años 2015 y 2020.
(Cifras en megabyte (MB) por dispositivo)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Cisco”.

La información anterior es adecuada y suficiente para respaldar la conclusión de la SUTEL en relación con este punto, sea que “para los consumidores el elemento diferenciador al adquirir un servicio móvil cada vez viene más determinado por la conexión a internet”, asimismo, se estima que las manifestaciones de la Defensoría deben ser rechazadas toda vez que no están fundamentadas y se refieren a meras apreciaciones carentes de sustento.

2.4.2.4. Tendencias históricas de indicadores relevantes

Indica la Defensoría que la SUTEL no valora en este punto lo que establece la RCS-082-2015 la cual se refiere a “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”, sin embargo del análisis de los dos puntos anteriores, a saber “Evolución probable de ofertas comerciales” y “Tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores”, es claro que lo indicado por la Defensoría no se refiere a este punto, sino que se refiere al análisis de los puntos señalados previamente.

Así, la SUTEL analizó lo correspondiente a las tendencias comerciales y de consumo en los siguientes puntos de la RCS-248-2017:

- Apartado 2.1.4.2.2 “Evolución probable de ofertas comerciales” páginas 153 a 155 de la RCS-248-2017
- Apartado 2.1.4.2.3 “Tendencias esperadas del comportamiento de los consumidores” páginas 155 a 157 de la RCS-248-2017.

Mientras que en el indicador referente a “Tendencias históricas de indicadores relevantes” se analizó la evolución, mediante la proyección econométrica, de las tendencias de determinados indicadores que se consideraron relevantes, en particular aquellos relacionados a la estructura del mercado, a saber: participación del operador incumbente y nivel de concentración del mercado.

En virtud de lo anterior no lleva razón la Defensoría en su argumento y por tanto este debe ser rechazado.

8481-SUTEL-SCS-2017**2.4.3. Asignación de concesiones adicionales de espectro**

Sobre este punto la Defensoría indica que la SUTEL reconoce en el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 que la asignación de concesiones de espectro en el corto plazo no es factible y que por tanto esta falta de espectro puede llevar a que consoliden eventuales situaciones de poder, por lo anterior concluye que este parámetro no genera indicios de competencia.

Sobre la particular llama la atención que la Defensoría omitiera referirse por completo al impacto que tendrá en la competencia el reciente concurso que asignó 70 MHz de espectro adicional a los operadores CLARO y MOVISTAR. Toda vez que si bien la licitación de las bandas de espectro disponible ha concluido el proceso de recepción de ofertas técnicas y económicas (subastas), aún no se han firmado los respectivos contratos de concesión y por tanto dichas frecuencias aún no han sido asignadas a los operadores para su uso.

Así que, la asignación de espectro a los operadores no sólo es una situación que ocurrirá en el corto plazo, sino que tendrá un impacto en la competencia del mercado. Justamente esta reciente licitación de espectro es un elemento que lleva a prevenir “que se consoliden eventuales situaciones de poder de mercado”, ya que permite equilibrar el espectro con que cuentan los operadores móviles para prestar servicios. Este es un hecho relevante que no se había materializado cuando se emitió el primer informe.

En ese sentido es innegable el impacto de dicha concesión en el nivel de competencia del mercado móvil, SUTEL claramente reconoce en la RCS-248-2017 que esta situación tendrá un impacto positivo en el nivel de competencia del mercado (pág. 159):

“...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”.

Así las cosas, es claro que al ignorar la Defensoría el impacto de la licitación 2016LI-000002-SUTEL “Concesión para el Uso y Explotación de Espectro Radioeléctrico para la prestación de Servicios de Telecomunicaciones mediante la implementación de sistemas IMT”, concluye erróneamente que no hay ningún factor que contribuya a la competencia del mercado en relación con este parámetro.

Sin embargo, también es claro que el impacto de dicha licitación en la mejora del nivel de competencia es uno de los factores más relevantes en relación con el análisis prospectivo del mercado.

Por lo anterior, se considera que la omisión de un hecho relevante en relación con este parámetro lleva a la Defensoría a una conclusión equivocada sobre el impacto de la asignación de concesiones de espectro en el nivel de competencia del mercado, razón por la cual su argumento debe ser rechazado.

2.4.4. Acciones regulatorias

En relación con este punto la Defensoría de los Habitantes no indica elementos adicionales, simplemente reitera que está de acuerdo con el abordaje de la SUTEL y que este parámetro proporciona indicios de competencia efectiva en el mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles.

2.5. Sobre la existencia de dominancia conjunta

Manifiesta la Defensoría que valoró los elementos contenidos en los informes 2016 y 2017 y que no puede concluir, a partir de la valoración hecha por la SUTEL, que existan argumentos significativos para variar la conclusión que se había alcanzado en el informe 6419-SUTEL-DGM-2016, toda vez que a su criterio la SUTEL se limitó a externar su criterio para justificar la necesidad de declarar el mercado en competencia.

En relación con el criterio externado por la Defensoría conviene indicar que la Defensoría no especifica en detalle cuáles son los parámetros analizados por la SUTEL cuyo resultado no comparte, ni cuál es la valoración que hace en relación con estos parámetros que la lleva a concluir de manera diferente a la SUTEL y por qué dicha conclusión implica que en el mercado de telecomunicaciones móviles existe dominancia conjunta.

8481-SUTEL-SCS-2017

Debe aclararse que en su escrito de observaciones a la consulta pública la Defensoría se limitó a indicar en un cuadro comparativo el resultado del informe 6419-SUTEL-DGM-2016, el resultado del informe 5971-SUTEL-DGM-2017 y el parámetro establecido en la RCS.082-2015, indicando para cada parámetro particular que los resultados de la SUTEL entre 2016 y 2017 variaron.

La Defensoría considera que el argumento de que la conclusión de SUTEL sobre el punto de la dominancia conjunta varió entre en un informe y otro es un elemento suficiente que justifica que la conclusión del informe 2017 es incorrecta, sin embargo, no demuestra por qué la conclusión del informe 5971-SUTEL-DGM-2017 es equivocada.

Como se ha reiterado a lo largo de este escrito, la SUTEL ha sido transparente en indicar que entre 2016 y 2017 se presentaron situaciones y cambios en el mercado que la llevaron a concluir de manera diferente en relación con determinados parámetros del análisis del grado de competencia del mercado de telecomunicaciones móviles.

Todos los cambios que se presentaron en el mercado fueron indicados en detalle en la Sección 1 de respuesta al escrito de la Defensoría, asimismo todos estos cambios se reconocen y analizan en la RCS-248-2017.

Debe quedar claro que los informes 6419-SUTEL-DGM-2016 y 5971-SUTEL-DGM-2017 llegan a conclusiones diferentes en relación con determinados parámetros específicos (identificados en la Sección 1 de este análisis) porque hay situaciones que variaron en el mercado entre la realización de un informe y otro, lo anterior está claramente reconocido, en análisis previos, así como en la RCS-248-2017 (págs. 160 a 161):

"En el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 se habían identificado una serie de elementos que habían hecho afirmar a la SUTEL que este mercado se caracterizaba por una situación de dominancia conjunta que requería ser regulada, en particular porque no se había encontrado evidencia de que las acciones de Claro y Movistar pudieran resultar en un contrapeso de las acciones de Kölbi, ya que dichos operadores parecían comportarse como seguidores de la política comercial del Kölbi.

En el nuevo análisis elaborado en 2017 se encontraron una serie de elementos adicionales que llevan a concluir a la SUTEL que en el mercado de telecomunicaciones móviles realmente no existen indicios de que se presente una situación de dominancia conjunta, como se detalla a continuación:

- **Alta concentración de mercado:** En 2016 el nivel de concentración del mercado volvió a disminuir luego de varios años de estancamiento, alcanzando 3.891 puntos del HHI, con lo cual el nivel de concentración de mercado está cercano a alcanzar el mínimo nivel teórico de concentración que puede tener un mercado con tres operadores, sea 3.333 puntos.
- **Madurez del mercado:** Se mantiene la conclusión de que el mercado de telecomunicaciones es un mercado maduro, sin embargo, es un mercado que está enfrentando una serie de desafíos que fuerzan a sus participantes a innovar e invertir para tener una oferta comercial atractiva. Entre estos desafíos se encuentran: la competencia de servicios OTT (aplicaciones como WhatsApp) y el crecimiento exponencial del consumo de datos. Estos elementos favorecen que se mantenga la rivalidad del mercado, evitando que la competencia del mercado se estanque.
- **Existencia de productos homogéneos:** Se identifica una oferta comercial variada, con operadores enfocados en atraer distintos segmentos del mercado, por ejemplo, Kölbi posee su mayor nicho en usuarios postpago, Movistar en usuarios prepago y Claro en atender a los usuarios enfocados en el servicio de internet, en ese sentido la oferta comercial de los operadores ha dejado de ser tan similar como se mostraba en los primeros años de apertura del mercado.
- **Falta de competencia potencial:** Se mantiene la conclusión de que el mercado de telecomunicaciones móviles presenta altas barreras de entrada que dificultan el ingreso de nuevos operadores, a su vez han existido una serie de elementos que han dificultado y retrasado la expansión de los operadores alternativos del mercado, sean Claro y Movistar, sin embargo dicha circunstancia no ha impedido que estos nuevos operadores se hayan posicionado en el mercado, favoreciendo así el desarrollo de competencia en el mercado y una mejora en los servicios recibidos por el usuario final
- **Demanda inelástica:** Pese a que es criterio de uno de los operadores del mercado que la demanda es inelástica, los otros cuatro operadores restantes consideran que la demanda del servicio es elástica. Esta

8481-SUTEL-SCS-2017

condición es relevante porque implica que la mayoría de operadores reconocen que los incrementos en precios del servicio vienen seguidos por una disminución en el nivel de consumo.

- Cuotas de mercados similares y estables: En 2016 se rompe la estabilidad de cuotas que había mostrado el mercado por tres años. Kölbi continúa perdiendo cuota de mercado, aunque se mantiene aún como el operador más grande, mientras que por primera vez uno de los dos nuevos operadores de red se ubica con claridad en el segundo lugar, siendo este operador Movistar, quedando Claro en tercer lugar.
- Bajo nivel de cambio tecnológico: Recientemente se ha anunciado el lanzamiento en países más avanzados el inicio de los procesos de implementación de las redes 5G. Si bien el país se encuentra aún en proceso de despliegue de las redes 4G, el anuncio de las redes 5G en el mercado implica que a nivel tecnológico aún se esperan cambios importantes a ser abordados por los operadores móviles en los próximos años.
- Ausencia o baja intensidad de competencia de precios: A nivel de precios se observa que del año 2010 (previo a que ingresaran Movistar y Claro al mercado) al 2016 los precios efectivos promedio de las llamadas pasaron de ser 31,4/minuto colones a 26,2 colones/minuto, lo que representa una disminución de 17%. Asimismo, en 2016 los precios de las llamadas prepago se ubicaban un 60% por debajo del tope tarifario establecido, mientras que, a nivel de datos, el precio por MB se ubicaba un 45% por debajo del tope tarifario. Lo anterior evidencia que la apertura del mercado sí ha producido, particularmente en los últimos años, un nivel importante de competencia en precios, que ha llevado a una disminución de los mismos en beneficio del usuario final.
- Otros elementos de mercado tendientes a conducta colusiva: Pese a que la estructura del mercado sea oligopólica, dada la baja cantidad de operadores del mercado, lo cierto es que los operadores móviles enfrentan una fuerte presión competitiva de cara a la aparición de los servicios OTT (que han venido a captar tráfico de los servicios tradicionales) lo cual, pese a la estructura del mercado local, les dificulta concertar sus conductas dado que mucha de la presión competitiva que enfrentan los operadores móviles locales viene de plataformas mundiales”.

El hecho de que los operadores están enfocados en aumentar sus clientes y su cuota de mercado, lo que los obliga a competir fuertemente en el mercado mediante el ofrecimiento de mejores precios y servicios a los usuarios, disminuye los incentivos para la colusión. En ese sentido cada operador tiene incentivos para competir: Kölbi porque debe evitar mayores caídas de su cuota de mercado, Movistar porque tiene que posicionar su segundo lugar en el mercado y Claro porque no puede rezagarse mucho de su competidor más cercano. Esto es un garante de que los operadores mantengan un alto nivel de rivalidad en el mercado y si no fuera así, la SUTEL, mediante el Régimen Sectorial de Competencia, cuenta con las herramientas necesarias para sancionar y eliminar cualquier conducta colusoria que se presente en el mercado y que pueda afectar a los competidores” (lo destacado es intencional).

Así las cosas, el simple argumento de que el informe 6419-SUTEL-DGM-2016 concluía que sólo el segmento postpago del mercado móvil podía ser declarado en competencia mientras que el informe 5971-SUTEL-DGM-2017 concluye que todo el mercado móvil puede ser declarado en competencia no basta para sustentar la posición de la Defensoría. Es necesario que en esta etapa el recurrente demuestre con argumentos y prueba por qué las conclusiones de la RCS-248-2017 son erróneas y la forma en que otra conclusión hubiera llevado a un resultado regulatorio diferente.

Más aún en el siguiente cuadro se muestra como la conclusión de la no existencia de dominancia conjunta se respalda totalmente en lo establecido en la RCS-082-2015.

Cuadro 4. Comparación conclusiones del informe 5971-SUTEL-DGM-2017 y los parámetros establecidos en la RCS-082-2015.

Parámetro	Indicios de Dominancia Conjunta	Informe 5971-SUTEL-DGM-2017
5.1 Concentración de mercado	Se considera que la dominancia conjunta es más probable que se presente en mercados altamente concentrados.	En 2016 el nivel de concentración del mercado volvió a <u>disminuir</u> luego de varios años de estancamiento, alcanzando 3.891 puntos del HHI, con lo cual el nivel de <u>concentración de mercado está cercano a alcanzar el mínimo nivel teórico de concentración que puede tener un mercado con tres operadores, sea 3.333 puntos.</u>

8481-SUTEL-SCS-2017

5.2 Madurez del mercado	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 <u>la demanda se encuentra estancada o crece muy levemente</u> . Igualmente se considera que entre <u>más similares y estables sean las cuotas de mercado</u> es más probable que se presente una situación de dominancia conjunta, ya que esto facilita la coordinación entre empresas.	Se mantiene la conclusión de que el mercado de telecomunicaciones es un mercado maduro, sin embargo, es un <u>mercado que está enfrentando una serie de desafíos que fuerzan a sus participantes a innovar e invertir para tener una oferta comercial atractiva</u> . Entre estos desafíos se encuentran: la competencia de servicios OTT (aplicaciones como WhatsApp) y el crecimiento exponencial del consumo de datos. Estos elementos favorecen que se mantenga la rivalidad del mercado, evitando que la competencia del mercado se estanque. (Las cuotas de mercado se analizan más abajo, donde se demuestra que no se han mantenido ni similares ni estables).
5.3 Existencia de productos homogéneos	Se estima que entre <u>más homogéneos consideren los usuarios los productos</u> , es menos probable que se dé una competencia de precios, y por tanto menos probable que se presenten situaciones de dominancia conjunta. Entre <u>menos innovación exista en el mercado y menores sean los cambios tecnológicos esperados</u> , se considera que menor incentivo tienen los operadores para diferenciarse tecnológicamente, y por tanto hay más probabilidades de que se dé una situación de dominancia conjunta.	Se identifica una <u>oferta comercial variada</u> , con operadores enfocados en atraer distintos segmentos del mercado, por ejemplo, Kölbi posee su mayor nicho en usuarios postpago, Movistar en usuarios prepago y Claro en atender a los usuarios enfocados en el servicio de internet, en ese sentido la <u>oferta comercial de los operadores ha dejado de ser tan similar como se mostraba en los primeros años de apertura del mercado</u> . (El tema del cambio tecnológico el cual es constante se analiza más abajo dado el despliegue de las tecnologías 4G y 5G).
5.4 Falta de competencia potencial	Se entiende que el ingreso de nuevos operadores al mercado, facilita el proceso de competencia y a su vez dificulta la coordinación entre operadores.	Se mantiene la conclusión de que el mercado de telecomunicaciones móviles presenta altas barreras de entrada que dificultan el ingreso de nuevos operadores, a su vez han existido una serie de elementos que han dificultado y retrasado la expansión de los operadores alternativos del mercado, sean Claro y Movistar, sin embargo dicha circunstancia no ha impedido que estos nuevos operadores se hayan posicionado en el mercado, favoreciendo así el desarrollo de competencia en el mercado y una mejora en los servicios recibidos por el usuario final
5.5 Demanda inelástica	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. Cuando <u>la elasticidad de la demanda es baja se considera que los proveedores tienen menores incentivos para competir reduciendo los precios</u> , lo que aumenta las posibilidades de que se presente una situación de dominancia conjunta.	Pese a que es criterio de uno de los operadores del mercado que la demanda es inelástica, <u>los otros cuatro operadores restantes consideran que la demanda del servicio es elástica</u> . Esta condición es relevante porque implica que la mayoría de operadores reconocen que los incrementos en precios del servicio vienen seguidos por una disminución en el nivel de consumo.

8481-SUTEL-SCS-2017

5.6 Cuotas de mercados similares y estables	Grandes diferencias en cuotas de mercado hacen que una situación de dominancia conjunta sea menos probable. <u>Cuotas de mercado estables puede ser un indicador de colusión.</u>	En 2016 se rompe la estabilidad de cuotas que había mostrado el mercado por tres años. Kölbi continúa perdiendo cuota de mercado, aunque se mantiene aún como el operador más grande, mientras que por primera vez uno de los dos nuevos operadores de red se ubica con claridad en el segundo lugar, siendo este operador Movistar, quedando Claro en tercer lugar.
5.7 Nivel de cambio tecnológico	Niveles <u>bajos de cambio tecnológico</u> indican un menor espacio para la competencia	Recientemente se ha anunciado el lanzamiento en países más avanzados el inicio de los procesos de implementación de las redes 5G. Si bien el país se encuentra aún en <u>proceso de despliegue de las redes 4G</u> , el anuncio de las redes 5G en el mercado implica que a nivel tecnológico aún se esperan cambios importantes a ser abordados por los operadores móviles en los próximos años.
5.8 Ausencia o baja intensidad de competencia de precios	Historia de movimientos de <u>precios dentro de un rango angosto</u> sugiere la existencia de dominancia conjunta	A nivel de precios se observa que <u>del año 2010</u> (previo a que ingresaran Movistar y Claro al mercado) <u>al 2016 los precios efectivos promedio de las llamadas pasaron de ser 31,4/minuto colones a 26,2 colones/minuto</u> , lo que representa una disminución de 17%. Asimismo en 2016 el precio de las llamadas prepago se ubicaban un 60% por debajo del tope tarifario establecido, mientras que a nivel de datos, el precio por MB se ubicaba un 45% por debajo del tope tarifario. Lo anterior evidencia que la apertura del mercado sí ha producido, particularmente en los <u>últimos años</u> , un nivel importante de competencia en precios, que <u>ha llevado a una disminución de los mismos en beneficio del usuario final.</u>
5.9 Otros elementos de mercado tendientes a conducta colusiva	Arreglos que le den a los operadores la <u>capacidad de coludir y permitan el castigo de aquellos que se separen de la estrategia común</u> serían indicativos de la existencia de colusión	Pese a que la estructura del mercado sea oligopólica, dada la baja cantidad de operadores del mercado, lo cierto es que <u>los operadores móviles enfrentan una fuerte presión competitiva de cara a la aparición de los servicios OTT</u> (que han venido a captar tráfico de los servicios tradicionales) lo cual, <u>pese a la estructura del mercado local, les dificulta concertar sus conductas</u> dado que mucha de la presión competitiva que enfrentan los operadores móviles locales viene de plataformas mundiales.

En virtud de los elementos anteriores, y dada la falta de argumentos de la Defensoría que sustenten su criterio de que las conclusiones de la SUTEL son erróneas, se considera que el argumento de la Defensoría en relación con que el mercado presenta una situación de dominancia conjunta debe ser rechazado por carecer de fundamentación.

V. NULIDAD ABSOLUTA DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

En esta sección indica la Defensoría de los Habitantes, que en la oposición presentada ante SUTEL mediante oficio DH-DAEC-0878-2017, advirtió al Consejo de la SUTEL que, si llegase a aprobar una declaratoria de competencia efectiva del mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles con base en el estudio N° 05971-SUTEL-DGM-2017, tal y como ocurrió con el dictado de la resolución RCS-248-2017 denominada "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", se estaría incurriendo en un acto administrativo severamente viciado en su motivo. Para lo cual el órgano Defensor de los Habitantes, transcribe lo expuesto en el referido oficio.

En adición, la Defensoría de los Habitantes, indica en sus argumentos impugnatorios que la declaratoria de competencia efectiva del mercado minorista contenido en la resolución RCS-248-2017 del 18 de setiembre de 2017, se encuentra viciada de nulidad absoluta en relación con:

8481-SUTEL-SCS-2017

- Estructura de mercado
 - Participantes del mercado
 - Participación del mercado
 - Concentración del mercado
 - Comportamiento reciente de los participantes del mercado
 - Rivalidad del mercado a nivel de precio, rivalidad del mercado en factores no relacionados con el precio.
 - Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumos.
 - Poder compensatorio de la demanda
- Barreras de entrada al mercado
 - Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución
 - Economías de escala y de alcance
 - Monto y plazo de recuperación de la inversión requerida
 - Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos
 - Inversión y publicidad
 - Limitaciones de la competencia en los mercados internacionales
 - Actos de autoridades estatales o municipales que discriminen entre operadores o proveedores
- Beneficios obtenidos por los usuarios
 - Acceso de los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones.
 - Accesibilidad de los precios
 - Satisfacción de los clientes con los servicios
- Análisis Prospectivo del Mercado
 - Cambios tecnológicos previsibles
 - Tendencias del mercado
 - Anuncios del ingreso o salida de operadores del mercado, anuncio de fusiones y adquisiciones, evolución probable de ofertas comerciales, tendencias esperadas del comportamiento de los usuarios, tendencias históricas de los indicadores relevantes,
 - Asignación de concesiones adicionales de espectro,
- Sobre la existencia de dominación conjunta.

Al respecto, debemos estimar que la nulidad de un acto administrativo se genera por el vicio que afecta en principio su aptitud para producir efectos en razón de su desconformidad con el ordenamiento jurídico. En este sentido, la invalidez del acto administrativo podría traer como consecuencia su nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida.

“Artículo 165.

La invalidez podrá manifestarse como nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida.”

En relación con estos extremos, el doctrinante JINESTA LOBO (Ernesto) ha indicado que “el bloque o parámetro de legalidad para determinar la invalidez del acto administrativo es de amplio espectro, pues incluye desde luego, las normas escritas y no escritas que conforman la jerarquía de las fuentes. (...) Deben incluirse como componentes del parámetro de legalidad o validez, por consiguiente, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la costumbre (artículos 6 y 7 LGAP) y, adicionalmente, normas de carácter metajurídico, en sentido estricto, pero debidamente positivizadas o incorporadas al ordenamiento jurídico como las reglas univocas o de aplicación exacta de la ciencia y de la técnica y los principios o reglas elementales de la lógica, justicia, o conveniencia (artículos 158, párrafo 4°, 160, 15, 16 y 17 de la LGAP).

En realidad, estas normas metajurídicas cobran especial importancia en tratándose de actos administrativos dictados en ejercicio de una potestad discrecional.

Adiciona el referido autor que “[o]tro indicador para determinar la invalidez del acto administrativo, lo constituyen los vicios o defectos en los elementos constitutivos y entendemos por tales los materiales (subjetivos-competencia, legitimación, investidura, voluntad- y objetivos- motivo, contenido y fin) y los formales (motivación, forma y procedimiento administrativo). (Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Continental. Tomo I. Págs.542 y 543)

En este sentido, debemos atender que el propósito principal para el dictado del acto administrativo es la consecución de su fin, por lo cual para determinar la gravedad de los vicios alegados por la Defensoría y, por consiguiente, la

8481-SUTEL-SCS-2017

existencia de una posible nulidad absoluta o relativa, se debe necesariamente analizar el mayor o menor impedimento que sufra el acto para la obtención de su fin.

Asimismo, resulta consustancial señalar al Órgano impugnante, que deviene en improcedente la nulidad por la nulidad misma, ante lo cual, para la anulación de un acto administrativo como la resolución RCS-248-2017 denominada “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”, debemos ponderar si el mismo resulta lesivo al interés público, además tener la clara identificación de la lesión que se está causando con su dictado, sin perjuicio de determinar con toda claridad el nexo causal existente entre el acto cuestionado y la posible lesión al interés público. Y finalmente, pero no menos importante, establecer cuál es el beneficio para el interés público frente a una posible anulación del acto recurrido.

Dicho lo anterior, tenemos que a tenor de las disposiciones de los ordinales 166 y 167 de la LGAP, hay varios supuestos en los cuales se puede declarar la nulidad absoluta de un acto administrativo. En primer término, cuando faltan uno o varios de los elementos constitutivos del acto cuestionado real o jurídicamente, lo cuales procederemos a valorar infra.

De igual manera, procede la anulación de un acto administrativo, cuando sus elementos constitutivos estén presentes empero estos sean imperfectos, dicho de otra forma, que los elementos del acto no cumplan con todos los requisitos que la ley establece para su validez, sobre todo si se impide la realización del fin público propuesto. Al respecto definen los ordinales 166 y 167 de la LGAP referenciados anteriormente:

“Artículo 166.-Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.”

“Artículo 167.-Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta.”

En relación con los extremos expuestos, la Procuraduría General de la República mediante Dictamen C-019-87 del 27 de enero de 1987 y el Dictamen C-062-88 del 04 de abril de 1988 indicó, respectivamente, lo siguiente:

“... La nulidad absoluta, evidente y manifiesta es aquella notoria, que no exija un proceso dialéctico para su comprobación, por saltar a primera vista. Es la nulidad de fácil captación, y no puede hablarse de este tipo de nulidad, cuando se halla muy lejos de saltar a la vista de comprobación, comprobación cuya evidencia y facilidad constituyen el supuesto sustancial que sirve de soporte fundamental a lo que, dentro de nuestro derecho, podemos denominar la máxima categoría anulatoria de los actos o contratos administrativos...”

“... Este tipo de nulidad está referida a la existencia de vicios del acto o contrato que sean notorios, claros, de fácil captación, donde no se requiera de mayor esfuerzo y análisis para su comprobación, ya que el vicio es evidente, ostensible, manifiesto y de tal magnitud, y que en consecuencia, hace que la declaratoria de nulidad absoluta del acto o contrato sea consecuencia lógica, necesaria e inmediata, dada la certeza y evidencia palpable de los vicios graves que padece...”

Este tipo de nulidad (absoluta evidente y manifiesta), se descubre entonces por la mera confrontación del acto (o contrato administrativo) con el ordenamiento jurídico, sin necesidad de acudir a ninguna interpretación, análisis profundo, o estudio de expertos. Al respecto, el Profesor Ortiz Ortiz (Eduardo) señala que por nulidad absoluta, evidente y manifiesta debe entenderse: “... no la que es patente y grosera hasta para el lego -lo que es hipótesis académica- ni tampoco la que se refiere a sólo un tipo determinado de vicio grave, sino toda la que afecte el orden público de la organización y el funcionamiento de la Administración y que es, por eso mismo, grave y peligrosa para la colectividad. Arribamos así a una verdadera tautología, pues toda nulidad es de pleno derecho precisamente en la medida en que es grave, por afectar el orden público...” (13)

Reiteramos en este sentido que la nulidad del acto administrativo no procede por la nulidad misma, visto de otra forma, esta Unidad pondera que no resulta viable jurídicamente la declaratoria de una nulidad de un acto

¹³ ORTIZ ORTIZ (Eduardo) *Tesis de Derecho Administrativo II*, editorial Stradtman S.A., San José, 2000 p. 533.

8481-SUTEL-SCS-2017

administrativo ante el mero incumplimiento de la legalidad, pues el vicio aludido debe ante todo impedir la realización del fin del acto, según lo hemos indicado, esto sin perjuicio que resulte contrario al ordenamiento.

En relación con estos extremos, debemos valorar lo dispuesto en el ordinal 168 de la LGAP, que aboga por la conservación a favor del acto, cuando dispone lo siguiente:

“Artículo 168.-En caso de duda sobre la existencia o calificación e importancia del vicio deberá estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto.”

Por otra parte, debemos estimar que un acto administrativo es válido cuando sus elementos se encuentren sustancialmente conformes al ordenamiento jurídico. Así lo dispone el ordinal 128 de la LGAP, el cual en lo conducente determina:

“Artículo 128.-Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta.

Dicho de otra forma, la validez de un acto administrativo, verbigracia la resolución RCS-248-2017 dictada por el Consejo de la SUTEL, deriva de que sus elementos se encuentren sustancialmente conformes al ordenamiento jurídico.

Sobre estos extremos, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en formular la obligación que tiene la administración de dictar actos que cumplan con todos los elementos constitutivos de carácter sustancial y formal, dotando la conducta administrativa de logicidad y razonabilidad. Al respecto mediante Voto 2004-14421 señaló:

“La regulación de los elementos constitutivos de carácter sustancial objetivos (motivo, contenido y fin); o subjetivos (competencia, legitimación e investidura), y formales (procedimientos 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. (...). (Sentencia N° 14421 de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de 17 de Diciembre de 2004)

Y por otra parte, en relación con la **legalidad** cuestionada por la Defensoría de los Habitantes, debemos ponderar que el principio de legalidad¹⁴, consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y desarrollado en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, le atribuye a la Administración potestades y le otorga facultades de actuación, es decir, la apodera y habilita para su acción en pro del interés público, confiriéndole al efecto poderes jurídicos para emitir actos de imperio.

En este sentido el citado autor costarricense Ortiz Ortiz¹⁵ (Eduardo), considera que la potestad de imperio es aquella que le permite a la Administración crear obligaciones o suprimir derechos del particular sin el consentimiento de éste, lo anterior, ante la necesidad de lograr el fin público. Es por ello, que la Administración está compelida a actuar en cada una de sus potestades de imperio cuando así lo exija el interés público o el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, de manera particular, el **motivo** del acto -cuestionado en esta ocasión por el Órgano defensor de los Habitantes-, se instituye en un elemento sustantivo o material de índole objetivo, que debe concurrir de forma simultánea con otros elementos, los cuales permiten a la conducta administrativa emanada, identificar la necesidad que satisface y determinar lo que la Administración actuante manda, autoriza o prohíbe. Instituyéndose el motivo, en el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que ha tomado en cuenta la Administración para dictar el acto (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 48 de las 14:00 hrs. del 19 de mayo 1995).

Del mismo modo, a tenor de las disposiciones del artículo 133.1 de la LGAP, el motivo del acto debe ser legítimo (válido y conforme al ordenamiento jurídico) y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto (obedecer a la realidad del acto que se adopta, sin falsedad). Refiere el ordinal 133 de la LGAP lo siguiente:

“Artículo 133.-

1. El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.

¹⁴ Según el principio de legalidad, todo acto o comportamiento de naturaleza administrativa requiere para su validez y eficacia que se encuentre ajustado al ordenamiento jurídico.

¹⁵ ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Tesis de Derecho Administrativo. Tomo I. San José, Costa Rica, Editorial Stradtman, 2002. Pág. 71.

8481-SUTEL-SCS-2017

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.”

Asimismo, resulta de relevancia estimar que la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, ha dispuesto dentro de sus objetivos legales, particularmente en su artículo 2 inciso e) la promoción de un entorno en competencia efectiva, una vez que han sido verificadas las condiciones necesarias para ello, tal y como ha ocurrido en el presente asunto. Del mismo modo, este entorno empresarial ha sido establecido en sus principios rectores, los cuales orientan el desarrollo del sector telecomunicaciones, (artículo 3 inciso f.), a lo cual debe aunarse que las disposiciones de la Ley N° 8642 son de orden público y su aplicabilidad resulta obligatoria sobre cualquier otra fuente normativa de igual o inferior rango. Al respecto determinan los referidos ordinales:

Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones**“Artículo 2 Objetivos de esta Ley**

e) 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.”

“Artículo 3.- Principios rectores

f) 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.”

“Artículo 4.- Alcance

Esta Ley es de orden público, sus disposiciones son irrenunciables y es de aplicación obligatoria sobre cualesquiera otras leyes, reglamentos, costumbres, prácticas, usos o estipulaciones contractuales en contrario. Para lo no previsto en esta Ley regirá, supletoriamente, la Ley general de la Administración Pública, N° 6227, de 2 de mayo de 1978, en lo que resulte aplicable.”

Cabe entonces señalar en 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”, y el oficio 07708-SUTEL-DGM-2017 denominado “ASUNTO: 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 fue considerado y acogido por el Consejo de la SUTEL para el dictado de la resolución RCS-248-2017 denominada “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, se realizaron profundas valoraciones técnicas en relación con los argumentos expuestos por el honorable órgano defensor.

Empero, desde un ámbito técnico las mismas han sido atendidas, estimándose como improcedentes, por lo cual se tienen como acreditadas por esta Unidad Jurídica las condiciones para declarar que el mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles se encuentra en competencia efectiva, lo cual produce la verificación de los antecedentes que han sido considerados para el dictado de la resolución RCS-248-2017, así como el fundamento jurídico aplicado al presente asunto.

Sobre el particular y para una mejor comprensión de los extremos expuestos, nos permitimos respetuosamente transcribir lo expresado mediante oficio 07708-SUTEL-DGM-2017, acogido debidamente por el Consejo de la SUTEL para el dictado de la resolución RCS-248-2017, cuando señaló lo siguiente:

“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.

8481-SUTEL-SCS-2017

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 minorista; 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 realizado.

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."

Por otra parte, en relación con el elemento **contenido**, hay que estimar que "es lo que el acto administrativo declara, dispone, ordena, certifica o juzga y suele expresarse en la parte dispositiva de las resoluciones administrativas", mismo que de conformidad con las estipulaciones del ordinal 132.1 de la LGAP debe ser lícito, es decir emitido por la ley, posible, claro para que no existan dudas sobre su alcance, preciso y abarcar las cuestiones de hecho y de derecho surgidas del motivo. En lo conducente determine el referido artículo:

"Artículo 132.-

1. El contenido deberá de 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.

8481-SUTEL-SCS-2017

2. Deberá 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.”

Al respecto debemos estimar que la resolución RCS-248-2017 denominada “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, ha dictado en su parte dispositiva, en lo que nos interesa, lo siguiente:

“12. DEFINIR el mercado del “Servicio minorista de telecomunicaciones móviles” como aquel que incluye el servicio de acceso a la red pública de telecomunicaciones móviles, el servicio de llamadas con origen en una ubicación móvil y destino nacional, el servicio de mensajería corta con origen en una ubicación móvil y con destino nacional y el servicio de transferencia de datos a través de redes móviles”.

13. DECLARAR que no existe ningún operador o grupo de ellos que tenga poder sustancial en el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

14. DECLARAR que el mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles se encuentra en competencia efectiva.”

Por lo cual, de conformidad con los actos del procedimiento instruido por el Consejo de la SUTEL, el dictado del acto, sin duda ha sido congruente¹⁶ con el fin legal pretendido en la normativa legal y reglamentaria aplicable, correspondiendo además con el motivo del acto referido supra, resultando que del atento examen realizado por esta Unidad al acto impugnado, se estima que su dictado es congruente con las justificaciones de hecho y derecho expresadas a nivel jurídico y técnico sobre las cuales se ha sustentado su adopción.

Ahora bien, en relación con los finés pretendidos con el dictado de la resolución RCS-248-2017, debemos considerar que dicho elemento es el “resultado metajurídico y objetivo último que persigue el acto administrativo en relación con el motivo.” Del mismo modo, el fin del acto administrativo, es siempre un fin público que procura generar un beneficio para la colectividad, pues todo acto administrativo debe ir revestido de un interés público.

Resulta en este punto consustancial recordar a los objetivos del presente análisis de legalidad, que la SUTEL fue concebida en el marco del Derecho Internacional mediante el Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (TLC), aprobado mediante Ley N° 8622, el cual en su Anexo 13 del Capítulo 13 desarrolla los compromisos adquiridos por nuestro país en materia de telecomunicaciones.

Y que, dentro de los fines públicos perseguidos por esta normativa supra legal, se encuentra el establecimiento de una Autoridad Reguladora independiente, la cual, a través de los procedimientos definidos en su ordenamiento interno, adoptaría las decisiones que correspondan en relación con los participantes del mercado. En lo conducente establece la normativa referenciada:

“Independencia de la Autoridad Reguladora

Costa Rica establecerá o mantendrá una autoridad reguladora para los servicios de telecomunicaciones, que será independiente de todo proveedor de servicios de telecomunicaciones, y no responderá ante ellos. Costa Rica asegurará que su autoridad reguladora para los servicios de telecomunicaciones esté autorizada a imponer sanciones efectivas para hacer cumplir las medidas domésticas relacionadas a las obligaciones establecidas en este Anexo. Esta autoridad reguladora podrá incluir jurisdicción sobre la administración del espectro, servicio universal, fijación de tarifas y otorgamiento de licencias para nuevos participantes al mercado. Las decisiones y

¹⁶ En relación con el principio de congruencia, la cual ha sido cuestionada por la Defensoría de los Habitantes, debemos estimar que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado lo siguiente:

“Derecho a la congruencia de la sentencia: Es la correlación entre acusación, prueba y sentencia, en virtud de que ésta tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso. Una dimensión importante del principio de congruencia es, además, el de la circunstancia de motivación de la sentencia, señalando y justificando especialmente los medios de convicción en que se sustenta y los que desecha.” (Sentencia 0923-94, a las quince horas dieciocho minutos del quince de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.)

8481-SUTEL-SCS-2017

los procedimientos de la autoridad reguladora serán imparciales con respecto a todos los participantes en el mercado.”

Por lo anterior, se procedió a crear formalmente al regulador de las telecomunicaciones en Costa Rica, competencia recaída en la SUTEL, a través de lo que establecen los artículos 6, inciso 27) de la Ley N° 8642, General de Telecomunicaciones, 45 y 59 de la Ley N° 8660, de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones.

Ley N° 8660, “Artículo 45.- Órganos de la Autoridad Reguladora: La Autoridad Reguladora tendrá los siguientes órganos:

- a) Junta Directiva.
- b) Un regulador general y un regulador general adjunto.
- c) Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel).
- d) La Auditoría Interna.

“Artículo 59.- Superintendencia de Telecomunicaciones

Corresponde a la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones; para ello, se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

La Sutel es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; tendrá personalidad jurídica instrumental propia, para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar la actividad contractual, administrar sus recursos y su presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

La Sutel será independiente de todo operador de redes y proveedor de servicios de telecomunicaciones y estará sujeta al Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y a las políticas sectoriales correspondientes.”

Ley N° 862, “Artículo 6.- Definiciones

27) Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel): órgano de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos encargado de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.”

Concordantemente, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N° 7593, define en su artículo 59 a la SUTEL como un órgano de desconcentración máxima de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos con personalidad jurídica instrumental, para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, la actividad contractual, administrar sus recursos y su presupuesto. Y el ordinal 60 de este mismo cuerpo legal dispone la potestad de este órgano regulador para aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones. Al respecto disponen los citados artículos:

Ley N° 7593. “Artículo 59.- Superintendencia de Telecomunicaciones

Corresponde a la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones; para ello, se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

La Sutel es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; tendrá personalidad jurídica instrumental propia, para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar la actividad contractual, administrar sus recursos y su presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

La Sutel será independiente de todo operador de redes y proveedor de servicios de telecomunicaciones y estará sujeta al Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y a las políticas sectoriales correspondientes.

Artículo 60.- Obligaciones fundamentales de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son obligaciones fundamentales de la Sutel:

a) Aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del Sector, lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, la Ley general de telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.”

Y en su artículo 73 incisos c) e i) la Ley N° 7593 dispone dentro de las funciones esenciales del Consejo de la SUTEL incentivar la inversión en el Sector Telecomunicaciones para garantizar la transparencia, no discriminación, equidad

8481-SUTEL-SCS-2017

y seguridad jurídica, así como determinar existencia de operadores o proveedores importantes en cada uno de los mercados relevantes y tomar en cuenta los criterios definidos en la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, N° 7472. Al respecto establece el citado ordinal:

“Artículo 73. Funciones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)

Son funciones del Consejo de la Sutel:

(...)

c) Incentivar la inversión en el Sector Telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que garantice transparencia, no discriminación, equidad y seguridad jurídica, a fin de que el país obtenga los máximos beneficios del progreso tecnológico y de la convergencia.

(...)

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.° 7472, de 20 de diciembre de 1994, y sus reformas.

Ahora bien, vistas las anteriores fundamentaciones normativas, resulta consustancial estimar que de manera particular, en relación con la regulación para la competencia dentro del Sector telecomunicaciones, el ordenamiento legal ha dispuesto los artículos 50 y 52 de la LGT que corresponde a la SUTEL promover los principios de competencia en el mercado nacional de las telecomunicaciones, así como analizar el grado de competencia en los mercados relevantes definidos por este órgano regulador, dentro de los cuales se encontraba en análisis el “Servicio minorista de telecomunicaciones móviles”, mismo que ha sido eliminado de lista de mercados relevantes sujetos a regulación ex-ante, en los términos de los artículos 73 inciso i) antes referido, y el artículo 75 inciso b), ambos de la Ley N° 7593. De manera particular determinan los artículos 50 y 52 de la LGT, lo siguiente:

Ley N° 8642. “Artículo 50.- Precios y tarifas

Las tarifas de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público serán establecidas inicialmente por la Sutel, conforme a la metodología de topes de precio o cualquier otra que incentive la competencia y la eficiencia en el uso de los recursos, de acuerdo con las bases, los procedimientos y la periodicidad que se defina reglamentariamente.

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.

En caso de que la Sutel determine, mediante resolución motivada, que las condiciones de competencia efectiva en el mercado dejan de darse, deberá intervenir procediendo a fijar la tarifa, de acuerdo con lo estipulado en el primer párrafo de este artículo.

“Artículo 52.- Régimen sectorial de competencia

La operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia, el cual se regirá por lo previsto en esta Ley y supletoriamente por los criterios establecidos en el capítulo III de la Ley N.° 7472, Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, de 20 de diciembre de 1994.

A la Sutel le corresponde:

a) Promover los principios de competencia en el mercado nacional de telecomunicaciones.

b) Analizar el grado de competencia efectiva en los mercados.

(...)”

Así las cosas, podemos dilucidar con toda claridad que los fines públicos estipulados en los supra citados ordinales 50 y 52 de la LGT han sido cumplidos mediante el dictado de la resolución RCS-248-2017; y en lo que atiende a las motivaciones del acto impugnado, mismas que se traducen en la fundamentación fáctica y jurídica que justifica la legalidad y oportunidad del acto que adopta, ha quedado exteriorizada en la vasta exposición y análisis que fue realizada en la parte considerativa del mismo.

Por otra parte, en sede administrativa corresponde hacer mención a la **motivación** del acto administrativo como elemento formal del mismo. La motivación se encuentra regulada en el numeral 136 de la LGAP, y se traduce en una

8481-SUTEL-SCS-2017

declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho, que han llevado a la respectiva Administración Pública al dictado o emanación del acto administrativo.

“Artículo 136.-

1. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:

- a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos;
- b) Los que resuelvan recursos;
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos;
- d) Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso;
- e) Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general; y
- f) Los que deban serlo en virtud de ley.

2. La motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia.”

Del mismo modo, la motivación de las actuaciones de la Administración actuante, es decir la SUTEL, es un requisito que posee un profundo raigambre constitucional, puesto que encuentra fundamento tanto en el principio de legalidad como en el derecho de defensa (artículos 11 y 39 de la Constitución Política). Al respecto, la Sala Constitucional ha señalado:

“(...) IV.- Sobre la motivación del acto administrativo: Reiteradamente ha dicho la Sala en su jurisprudencia que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del debido proceso y del derecho de defensa, puesto que implica la obligación de otorgar al administrado un discurso justificativo que acompañe a un acto de un poder público que -como en este caso- deniegue una gestión interpuesta ante la Administración. Se trata de un medio de control democrático y difuso, ejercido por el administrado sobre la no arbitrariedad del modo en que se ejercen las potestades públicas, habida cuenta que en la exigencia constitucional de motivación de los actos administrativos se descubre así una función supraprocesal de este instituto, que sitúa tal exigencia entre las consecuencias del principio constitucional del que es expresión, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los actos públicos. V.- El concepto mismo de motivación desde la perspectiva constitucional no puede ser asimilado a los simples requisitos de forma, por faltar en éstos y ser esencial en aquélla el significado, sentido o intención justificativa de toda motivación con relevancia jurídica. De esta manera, la motivación del acto administrativo como discurso justificativo de una decisión, se presenta más próxima a la motivación de la sentencia de lo que pudiera pensarse. Así, la justificación de una decisión conduce a justificar su contenido, lo cual permite desligar la motivación de “los motivos” (elemento del acto). Aunque por supuesto la motivación de la sentencia y la del acto administrativo difieren profundamente, se trata de una diferencia que no tiene mayor relevancia en lo que se refiere a las condiciones de ejercicio de cada tipo de poder jurídico, en un Estado democrático de derecho que pretenda realizar una sociedad democrática. La motivación del acto administrativo implica entonces que el mismo debe contener al menos la sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho, habida cuenta que el administrado necesariamente debe conocer las acciones u omisiones por las cuales ha de ser sancionado o simplemente se le deniega una gestión que pueda afectar la esfera de sus intereses legítimos o incluso de sus derechos subjetivos y la normativa que se le aplica.” (Voto No. 6078-99 de las 15:30 horas de 4 de agosto de 1999)

Sobre este aspecto, el Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV, también ha indicado que:

“(...) la motivación es la expresión formal del motivo y, normalmente, en cualquier resolución administrativa, está contenida en los denominados ‘considerandos’ -parte considerativa-. La motivación, al consistir en una enunciativa de los hechos y del fundamento jurídico que la administración pública tuvo en cuenta para emitir su decisión o voluntad, constituye un medio de prueba de la intencionalidad de esta y una pauta indispensable para interpretar y aplicar el respectivo acto administrativo”.¹⁷

¹⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV a las 13:00 horas del 11 de noviembre de 2013.

8481-SUTEL-SCS-2017

Del mismo modo, frente a la reiteración de argumentos expuestos por el Órgano defensor en la fase de observaciones, esta Unidad considera relevante estimar lo señalado mediante oficio 07708-SUTEL-DGM-2017, cuando se ponderó lo siguiente:

“En primer lugar cita la sentencia N° 105 de las 13:45 horas del 16 de octubre de 2015, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V, misma que hace referencia a la motivación del acto, que como se explicó supra es distinto al elemento motivo, y luego la cita se refiere al procedimiento como una garantía del debido proceso y derecho de defensa ante un procedimiento administrativo disciplinario. Luego cita la sentencia N° 55 de las 11:00 horas del 14 de junio de 2017 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V, la cual hace referencia a la motivación.

Es decir, las sentencias referidas no fundamentan el alegato esgrimido sobre el supuesto vicio en el motivo. Ahora, si bien es cierto, la Sala Constitucional ha indicado que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del debido proceso y el derecho de defensa, omite la Defensoría de los Habitantes en señalar de qué forma considera que se violan dichos derechos.
(...)”

Por otra parte, en lo que atiene al **procedimiento** como elemento del acto administrativo el autor costarricense JINESTA LOBO (Ernesto) indica que éste deviene en “el medio o cauce formal por el que se prepara, exterioriza y manifiesta la actividad formal de la administración pública.” Y adiciona que el procedimiento es “entonces, la secuencia o concatenación de actos, actuaciones, formalidades u operaciones de trámite necesarias para la formación, exteriorización y eventual impugnación del acto administrativo final o definitivo.”; resultando que el procedimiento administrativo esta “destinado u orientado a preparar o hacer posible el acto administrativo final y, eventualmente, si así lo decide el administrado, a impugnarlo o atacarlo por razones de legalidad, oportunidad o conveniencia.”¹⁸

De conformidad con las disposiciones del artículo 12 del Reglamento de acceso e interconexión de redes de Telecomunicaciones se instituye en una formalidad in procedendo que de previo a la definición de los mercados relevantes y los operadores o proveedores importantes, la Sutel deberá someter a consulta pública la definición preliminar de los mismos, mediante la publicación en el diario oficial, La Gaceta, de una invitación pública para que en el plazo de diez (10) días hábiles siguientes a la publicación, se expongan por escrito las razones de hecho y derecho que considere pertinentes. De forma posterior la Sutel tendrá un plazo de quince (15) días naturales a partir del vencimiento del plazo indicado, para dictar la resolución que corresponda. Nos referimos de seguido al citado numeral en lo que nos interesa:

“Artículo 12.-Determinación del operador o proveedor importante.

(...)”

Previo a la definición de los mercados relevantes y los operadores o proveedores importantes, la Sutel someterá a consulta pública la definición preliminar de los mismos. Con este fin, la Sutel ordenará publicar en el diario oficial, La Gaceta, una invitación pública para que quien lo desee, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes a la publicación, exponga por escrito las razones de hecho y derecho que considere pertinentes.

La Sutel tendrá un plazo de quince (15) días naturales contados a partir del vencimiento del plazo indicado en el párrafo anterior, para emitir la resolución que determine los mercados relevantes y los operadores o proveedores importantes. La definición de estos mercados relevantes y operadores o proveedores importantes se realizará con la periodicidad que establezca la Sutel y podrá ser considerada en los análisis de prácticas anticompetitivas y de concentraciones.”

Dicho lo anterior, tenemos que en un ámbito procedimental, el dictado de la resolución RCS-248-2017 denominada “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, debió efectivamente garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos, así como de los entes y órganos públicos, verbigracia la Defensoría de los Habitantes de conformidad con la Ley N° 7319, cuerpo legal que crea a dicho órgano público competente para proteger los derechos y los intereses de los habitantes.”

¹⁸ Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Jurídica Continental. 2009. Pág. 538

8481-SUTEL-SCS-2017

La participación activa de estos actores interesados, viene a constituir parte del conjunto de principios que informan el debido proceso, el cual básicamente se instituye en verdaderos derechos que aseguran y garantizan su participación durante el trámite procedimental, y además promueven la efectiva tutela de la legalidad del acto.

Sobre estos extremos la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia N° 5306-2005 de las 15:03 del 4 de mayo de 2005 definió los requisitos que debe cumplir un procedimiento administrativo para garantizar el derecho al debido proceso, al señalar lo siguiente:

"III.-DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y EL RESPETO DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA. Con anterioridad esta Sala –en sentencias número 15-90, 1732-92, 2360-94, 4125-94, 2198-98, 10198-98, 2109-98, 2001-01545, 2003-13140, de las catorce horas treinta y siete minutos del doce de noviembre del dos mil tres, y – consideró que en el procedimiento administrativo regulado en la Ley General de la Administración Pública se garantiza el respeto del debido proceso, el cual, en virtud del desarrollo jurisprudencial constitucional, se ha estimado de aplicación no sólo respecto de los procesos de índole jurisdiccional, sino también de los procedimientos administrativos. Así, en el ámbito de los procedimientos administrativos, se identifica o equipara este principio con los conceptos de " bilateralidad de la audiencia ", " debido proceso legal " y " principio de contradicción "; y que tiene implicaciones directas en las diversas etapas de los procedimientos, lo que evidencia su carácter instrumental, en tanto está dispuesto para garantizar la mejor resolución del mismo, en los términos previstos en el artículo 215.1 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto dispone:

"El procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. "

Es así, como la jurisprudencia constitucional ha reconocido esenciales e indispensables a todo procedimiento los siguientes requisitos, que necesariamente deben cumplirse, a fin de garantizarle a las partes que intervienen, el efectivo derecho de defensa, cuya ausencia constituye una grave afectación a estos derechos (debido proceso y derecho de defensa): a) la notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento, más conocido como el derecho a la debida intimación e imputación , de donde se hace necesario no sólo la instrucción de los cargos, sino también la posible imputación de los hechos, lo que significa la indicación de la posible sanción ha aplicar; b) el derecho de audiencia , que comprende el derecho del intervenir en el proceso, a ser oído y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) como derivado del anterior, el estado de inocencia , que implica que no está obligado a demostrar su inocencia, de donde, la Administración está obligada a demostrar su culpabilidad; d) la oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; e) el derecho del administrado a una defensa técnica , que comprende su derecho a hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas, como peritos; f) la notificación adecuada de la decisión que dicta la Administración y de los motivos en que ella se funde; g) el derecho del interesado de recurrir la decisión dictada, que conlleva el principio de la congruencia de la resolución: que en el caso de los procedimientos administrativos, comprende no sólo el derecho de recurrir el acto final, sino también aquellos actos del procedimiento que tengan efecto propio y puedan incidir en el derecho de defensa -el auto de apertura del procedimiento, la denegatoria de la celebración de la audiencia oral y privada, la denegación de recepción de prueba, la aplicación de medidas cautelares, la denegación del acceso al expediente, la reducción de los plazos del procedimiento, y la resolución que resuelva la recusación-; h) el principio pro-sentencia , de donde, las normas procesales deben aplicarse e interpretarse en el sentido de facilitar la administración de justicia, tanto jurisdiccional como administrativa; y por último, y no menos importante, i) la eficacia formal y material de la sentencia o fallo. También integran este derecho, el acceso a la justicia en igualdad y sin discriminación ; la gratuidad e informalismo de la justicia ; la justicia pronta y cumplida, es decir, sin retardo injustificado; el principio de la intervención mínima en la esfera de los derechos de los ciudadanos ; el principio de reserva legal para la regulación de los derechos fundamentales (artículo 28 de la Constitución Política), para la regulación de la materia procesal (al tenor de los artículos 11 y 28 de la Constitución Política, 5 y 7 -relativos a la jerarquía normativa-, 19.1 -reserva legal en la regulación de los derechos fundamentales-, 59.1 -reserva legal para el establecimiento de potestades de imperio-, y 367 inciso h) -excepción de la aplicación de los procedimientos de la Ley General de la Administración Pública-, estos últimos, de la Ley General de la Administración Pública), así como para el establecimiento de sanciones (artículo 124 de la Ley General de la Administración Pública); y el principio del juez regular (artículo 35 de la Constitución Política). Asimismo, se recuerda al accionante que los principios que rigen los procedimientos administrativos son fundamentales en tanto orientan la actividad procesal de los mismos, y

8481-SUTEL-SCS-2017

que se enuncian como sigue; búsqueda de la verdad real, antiformalismo, celeridad y oficiosidad, imparcialidad, y el cumplimiento del debido proceso...” (Subrayado es propio)

Visto lo anterior, y a partir de la revisión de actuaciones llevada a cabo por esta Unidad, tenemos que mediante informe 05971-SUTEL-DGM-2017 del 21 de julio del 2017, la Dirección General de Mercados, órgano administrativo de la Sutel, emitió 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”.

Por lo anterior, en fecha 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 “b) Instruir a la coordinación del proceso para que 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.

En cumplimiento de lo anterior, mediante La Gaceta No. 154 del 16 de agosto del 2017, se cursó invitación al proceso de consulta pública dispuesto en el artículo 12 del supra citado Reglamento de Acceso e interconexión de Redes de Telecomunicaciones, en relación con la definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles.

Del mismo modo, mediante documento con número DH-DAEC-0829-2017 del 17 de agosto del 2017 (NI-09464-2017) recibido ese mismo día por este órgano regulador, el señor Juan Manuel Cordero González en su condición de Defensor adjunto de los Habitantes de la República, solicitó al Consejo de la SUTEL ampliar el plazo de la consulta pública indicada al menos 15 días adicionales al plazo establecido.

Por lo anterior, en fecha 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 “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.

Seguidamente, en fecha 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 dictó: 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. (...) 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.

Del mismo modo, en fecha 14 de setiembre de 2017 mediante oficio 7708-SUTEL-DGM-2017, el equipo técnico remitió al Consejo de la SUTEL el denominado “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”, que contempló el análisis de las distintas observaciones remitidas en el marco del proceso de consulta pública.

Por lo anterior, mediante acuerdo 004-067-2017 de las 17:45 horas, adoptado en la sesión ordinaria 67-2017 celebrada el 18 de setiembre del 2017, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones por unanimidad dictó la resolución RCS-248-2017 denominada “REVISIÓN DEL MERCADO DEL SERVICIO MINORISTA DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES, ANÁLISIS DEL GRADO DE COMPETENCIA EN DICHO MERCADO,

8481-SUTEL-SCS-2017

DECLARATORIA DEL OPERADOR Y/O OPERADORES IMPORTANTES E IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES”, la cual mediante correo electrónico institucional se notificó a la Defensoría de los Habitantes en fecha 22 de setiembre de 2017, y finalmente fue publicada en La Gaceta No. 233 del 27 de setiembre del 2017. A partir de lo cual esta Unidad considera que fue cumplido a cabalidad los requerimientos procedimentales establecidos en el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones para el dictado de la resolución impugnada.

En este sentido, dicho acto ha sido dictado por el Consejo de la SUTEL, órgano competente de conformidad con los artículos 129 y 180 de la LGAP, en relación con las disposiciones de los ordinales 59, 60 y 73 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, y el ordinal 52 de la Ley General de Telecomunicaciones. De igual forma se verifica el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 13 y 136 de la LGAP, en relación con su dictado por los medios formales dispuestos, así como el cumplimiento de los trámites sustanciales establecidos en los artículos 129 de la LGAP y 12 del Reglamento de Acceso e interconexión de Redes de Telecomunicaciones.

En relación con el motivo del acto, se ha procedido con su análisis técnico y de la legalidad, conforme a las disposiciones de los ordinales 133 de la LGAP, mismo que ha sido valorado en adición desde un ámbito técnico, concluyéndose por esta Unidad que resulta legítimo y existente al momento de haberse adoptado el acto en análisis. Del mismo modo, en relación con el contenido del acto y sus fines, han sido cumplidos y se encuentran en orden de legalidad, conforme a las disposiciones de los artículos 131 y 132 de la LGAP, en relación con las disposiciones de los artículos 2 inciso e), 3 inciso f), y 52 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642.

Considerando los fundamentos expuestos, esta Unidad considera que la resolución RCS-248-2017 denominada “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”, es un acto dictado en conformidad con el ordenamiento jurídico.

Finalmente, esta Unidad entiende que la libertad de comercio, contenida en el ordenamiento jurídico y económico costarricense, es un componente esencial del modelo de economía de mercado que adoptó el constituyente y, a su vez, se instituye en un derecho fundamental de los habitantes de la República contemplado dentro del marco de legalidad contenido en el ordenamiento de las telecomunicaciones”.

- II. Que, de conformidad con los anteriores resultandos y considerandos, este Consejo, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de sus funciones, acuerda:

POR TANTO

Con fundamento en las competencias otorgadas por la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, la Ley General de Administración Pública, Ley 6227 y el Reglamento de acceso e interconexión de redes de Telecomunicaciones.

**EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
RESUELVE:**

1. **ACoger**, en todos sus extremos, el oficio **N° 08207-SUTEL-UJ-2017** del 04 de octubre de 2017, presentado por la Unidad Jurídica de esta Superintendencia, con el criterio técnico jurídico respectivo.
2. **DECLARAR ADMISIBLE**, desde el punto de vista formal, el recurso de reposición y la gestión de nulidad concomitante interpuesta por la Defensoría de los Habitantes, contra la resolución del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones número RCS-248-2017 denominada “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”, adoptada en la sesión ordinaria número 67-2017 celebrada el 18 de setiembre de 2017 y publicada en La Gaceta No. 233 del 27 de setiembre del 2017.

8481-SUTEL-SCS-2017

3. **DECLARAR SIN LUGAR**, en todos sus extremos, el recurso de reposición y la gestión de nulidad concomitante interpuesta por la Defensoría de los Habitantes, contra la resolución del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones número RCS-248-2017 denominada *“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”*, adoptada en la sesión ordinaria número 67-2017 celebrada el 18 de setiembre de 2017 y publicada en La Gaceta No. 233 del 27 de setiembre del 2017.
4. **RATIFICAR**, en todos sus extremos, la resolución del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones número RCS-248-2017 denominada *“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”*, adoptada en la sesión ordinaria número 67-2017 celebrada el 18 de setiembre de 2017 y publicada en La Gaceta No. 233 del 27 de setiembre del 2017.
5. **DAR**, por agotada la vía administrativa.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE**

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

Atentamente,
CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo

8481-SUTEL-SCS-2017

CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN

RCS-259-2017

“SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN Y NULIDAD CONCOMITANTE INTERPUESTO POR LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA, CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES, NÚMERO RCS-248-2017, DENOMINADA

“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

Se notifica la presente resolución a:

La Defensoría de los Habitantes al correo electrónico rmeza@dhr.go.cr

NOTIFICA: _____ FIRMA: _____