



5320-SUTEL-SCS-2013

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el artículo 35 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados, me permito comunicarle(s) que en sesión ordinaria N° 053-2013, celebrada el 2 de octubre del 2013, mediante acuerdo 010-053-2013, de las 10:15 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-277-2013

**“SE RESUELVE DENUNCIA PRESENTADA CONTRA LA JUNTA ADMINISTRATIVA DEL
 SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO POR PRESUNTAMENTE
 COMETER PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS EN EL MERCADO
 DE ACCESO A FACILIDADES ESENCIALES (POSTES)”**

EXPEDIENTE SUTEL PM-060-2013

RESULTANDO

1. Que el 15 de enero de 2013 mediante escrito sin número (NI-0247-13) la empresa SERVICIOS FEMAROCA TV S.A. presentó formal denuncia contra la empresa Junta Administrativa de Servicios Eléctricos de Cartago (JASEC), por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas en el mercado de acceso a infraestructura esencial, a saber, acceso a recursos de postería (folios 003 al 219).
2. Que en fecha 19 de abril de 2013 mediante oficio 1924-SUTEL-DGM-2013 la Dirección General de Mercados (DGM) de la SUTEL realizó la calificación de admisibilidad sobre la denuncia presentada por SERVICIOS FEMAROCA TV S.A. (folios 320 al 331).
3. Que en fecha 25 de abril de 2013 mediante oficio 2038-SUTEL-SCS-2013 la Secretaría del Consejo de la SUTEL notificó el acuerdo 024-021-2013 de la sesión ordinaria 021-2013 del Consejo de la SUTEL del 24 de abril de 2013, mediante el cual se instruyó a la DGM a solicitar a la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) su criterio respecto a la denuncia presentada por SERVICIOS FEMAROCA TV S.A. (folios 332 al 333).
4. Que en fecha 25 de abril de 2013 mediante oficio 2048-SUTEL-DGM-2013 la DGM solicitó a la COPROCOM su criterio respecto a la procedencia de llevar a cabo la apertura o no de un procedimiento administrativo contra JASEC con base en la denuncia presentada por SERVICIOS FEMAROCA TV S.A. (folios 339 al 340).
5. Que en fecha 08 de mayo de 2013 mediante oficio 2239-SUTEL-DGM-2013 la DGM solicitó al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD información referente a la cantidad de postes con que cuenta dicho Instituto en la provincia de Cartago (folios 334 al 338).
6. Que en fecha 08 de mayo de 2013 mediante oficio 2240-SUTEL-DGM-2013 la DGM solicitó a la empresa COOPESANTOS R.L. información referente a la cantidad de postes con que cuenta dicho Instituto en la provincia de Cartago (folios 355 al 359).
7. Que en fecha 08 de mayo de 2013 mediante oficio 2241-SUTEL-DGM-2013 la DGM solicitó a JASEC información referente a la cantidad de postes con que cuenta dicho Instituto en la provincia de Cartago (folios 360 al 364).



8. Que en fecha 21 de mayo de 2013 mediante nota GG-370-2013 (NI-3805-13) la empresa JASEC respondió a lo solicitado en la nota 2241-SUTEL-DGM-2013 (folios 365 al 366).
9. Que en fecha 23 de mayo de 2013 mediante nota 6162-0711-2013 (NI-3879-13) el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD respondió a lo solicitado en la nota 2239-SUTEL-DGM-2013 (folios 341 al 342 353 al 354).
10. Que en fecha 27 de mayo de 2013 mediante Opinión OP-07-13 la COPROCOM remitió su criterio respecto a la procedencia de llevar a cabo la apertura o no de un procedimiento administrativo contra JASEC con base en la denuncia presentada por SERVICIOS FEMAROCA TV S.A. (folios 345 al 352).
11. Que en fecha 08 de agosto de 2013 mediante oficio 3906-SUTEL-DGM-2013 el Área de Competencia de la DGM solicitó al Jefe de dicha Dirección información para mejor resolver respecto al cumplimiento de lo dictado en la resolución número RCS-144-2013 de las 10:20 horas del 09 de mayo de 2012 (folios 367 al 368).
12. Que en fecha 08 de agosto de 2013 mediante oficio 3907-SUTEL-DGM-2013 la DGM previno a la empresa COOPESANTOS R.L. de cumplir lo solicitado mediante nota 2240-SUTEL-DGM-2013 (folios 369 al 371).
13. Que en fecha 19 de agosto de 2013 correo electrónico (NI-6806-13) la empresa COOPESANTOS R.L. respondió a lo solicitado en la nota 2240-SUTEL-DGM-2013 (folios 372 al 373).
14. Que en fecha 13 de setiembre de 2013 mediante oficio 4571-SUTEL-DGM-2013 la DGM respondió al Área de Competencia lo solicitado mediante oficio 3906-SUTEL-DGM-2013.
15. Que en fecha 25 de setiembre de 2013 mediante oficio 4796-SUTEL-DGM-2013 la DGM presentó su informe de "Recomendación sobre la Procedencia o no de la Apertura de un Procedimiento Administrativo contra la Junta Administrativa Del Servicio Eléctrico Municipal De Cartago por Presuntamente Cometer Prácticas Monopolísticas Relativas en el Mercado de Acceso a Facilidades Esenciales (Postes)"
16. Que se han llevado a cabo las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SOBRE LAS FORMALIDADES DE LA DENUNCIA PRESENTADA

a. Indicación de la oficina a la que se dirige

El escrito presentado se encuentra dirigido a la SUTEL, quien de conformidad es el Órgano competente para conocer por oficio o por denuncia, así como para corregir y sancionar cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado, según lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley N° 8642.

b. Nombre y apellidos, residencia y lugar para notificaciones

La denuncia fue interpuesta por el señor Eduardo Mora Barrantes, portador de la cédula de identidad número 1-1169-0244 ejerciendo sus facultades de Apoderado Generalísimo de la empresa SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A., cédula jurídica 3-101-335938, según consta en certificación notarial adjunta.

El denunciante no señala lugar para recibir notificaciones, sin embargo en la SUTEL consta información que indica los lugares para notificar al denunciante.



c. Pretensión

El denunciante solicita lo siguiente:

- i. Que de conformidad con lo expuesto proceda la SUTEL mediante la resolución correspondiente a determinar la existencia del abuso y la práctica monopolística relativa, por parte de la empresa JASEC; determinando el cese inmediato de las acciones de dicha empresa, sin detrimento de las responsabilidades correspondientes.
- ii. Proceda JASEC a corregir y sancionar dichas prácticas cuyo efecto es limitar, disminuir o eliminar la competencia con menoscabo de SERVICIO FEMAROCA T.V., para tales efectos se aplique el artículo 52, 58 así como 65, 67 inciso 13 y 68 de la Ley General de Telecomunicaciones y demás normas concordantes, así como la Ley de Competencia 7472.

d. Motivos o fundamentos de hecho

En síntesis SERVICIOS FEMAROCA T.V. denuncia lo siguiente:

- i. Que la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) emitió una resolución de intervención (orden de acceso dictada mediante RCS-144-2013 de las 10:20 horas del 09 de mayo de 2012), donde se establecieron condiciones a JASEC para que la solicitud de acceso a postes en la zona de Oreamuno presentada por SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. fuera tramitada.
- ii. Que a la fecha la JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO (JASEC) ha impedido a través de diversas acciones dilatorias que las ampliaciones de SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. puedan ser ejecutadas debidamente.
- iii. Que pese a la resolución de la SUTEL lo actuado por JASEC no sólo deviene en una falta de ejecución, sino que dichos hechos (la negativa de acceso) se configuran en lo que dispone el artículo 52 de la Ley N° 8642, ya que JASEC ha incurrido en prácticas monopolísticas dirigidas a limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado específico de la provincia de Cartago.
- iv. Que la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660, facultó a JASEC para prestar los servicios de televisión por cable. Con lo cual dicha empresa puede brindar servicios de Televisión por Cable, al igual que SERVICIOS FEMAROCA T.V.S.A., por lo que ambas empresas estarían brindando el mismo servicio y serán prácticamente competencia en el mercado local.
- v. Que JASEC convocó a Licitación Pública Nacional número N°2010 NL 000001-03 con el objetivo contractual de Construir una Red de Fibra Óptica, la cual se publicó en el Diario Oficial el 22 de febrero del año 2010. JASEC finiquitó su cometido adjudicando la construcción de una Red de Fibra Óptica el 06 de junio de 2010, red que a la fecha no se ha concluido, pero de la cual JASEC ha dejado en claro su intención de que los operadores de la zona se pasen a dichos servicios.
- vi. Que SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. mantenía un contrato firmado con JASEC desde el año 2004 para el alquiler de postes, que dicho contrato se prorrogó en el tiempo hasta que el 29 de abril de 2009 se le indicó a la denunciante que no podía renovar la garantía de cumplimiento de dicho contrato ya que se tenían que firmar nuevos términos del Contrato.
- vii. Que en fechas 13 de agosto de 2010 y 28 de setiembre de 2010 la empresa SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. presentó solicitudes de ampliación de uso de postes para la zona de Oreamuno de Cartago.
- viii. Que dicha solicitud fue recibida por JASEC indicando que no podían autorizar nada, hasta que el nuevo contrato estuviera firmado. En virtud de lo anterior se plantea una intervención sobre este tema ante la SUTEL.
- ix. Que en fecha 18 de julio de 2012, por medio de la intervención de la SUTEL, se hace efectiva la firma del nuevo Contrato con JASEC.
- x. Que en febrero de 2011 la empresa JASEC publicó el "Reglamento de las Condiciones Técnicas para la Accesibilidad a la Infraestructura de Postería de la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago". En dicho Reglamento JASEC impuso una serie de condiciones que procedió a aplicar de mutuo



- propio en forma inmediata, incluyendo aspectos técnicos y administrativos, una tarifa de accesibilidad a la infraestructura, régimen de sanciones y un conjunto de transitorios, con lo cual se garantiza el control de la relación entre ambas empresas de manera unilateral.
- xi. Que desde su publicación JASEC ha procedido a utilizar el Reglamento para determinar la relación con los diversos operadores de Telecomunicaciones y este cuerpo legal se ha convertido en instrumento-barrera para el desarrollo normal de las relaciones con los distintos operadores, ya que impone condiciones que el propio JASEC no cumple y por tanto imposibilita que los operadores a su vez cumplan.
 - xii. Que ante las múltiples excusas de JASEC para no permitir la ampliación a Oreamuno, SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. procede de manera paralela a presentar ampliaciones para uso de postería en las zonas de Santa Rosa y Llano Grande de Cartago. Siendo que para dichas zonas JASEC levantó sendos estudios y se negó argumentando que tenía que poner los cables a una altura de 5,50 metros, conforme al Reglamento publicado por ellos. Esto se argumenta a pesar de conocer JASEC que dicha altura es imposible de cumplir respecto a la postería actual en manos de JASEC, aprovechándose de esa manera de su propio dolo.
 - xiii. Que ante esta circunstancia SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. ofreció alternativas técnicas para entrar a la zona, entre ellas: tensar más los cables, subir más los herrajes o poner crucesos que permitan de manera más segura el paso de los cables, bajo las condiciones actuales de postería de JASEC. Todas estas sugerencias fueron recibidas por JASEC, pero rechazadas por la misma en razón de la altura señalada en el citado Reglamento, con lo cual se cierra la posibilidad de lograr una ampliación en la postería en toda la provincia de Cartago.

e. Fecha y firma

La denuncia tiene fecha 14 de enero de 2013 (NI-4721) y fue firmada por el señor Eduardo Mora Barrantes.

f. Pruebas aportadas

La denunciante aporta las siguientes pruebas:

- i. Expediente de intervención número SUTEL OT-096-2010: Resolución del Consejo de la SUTEL RCS-144-2012 de las 10:20 horas del 09 de mayo de 2012, mediante la cual se dicta "Orden de Acceso a Recursos de Postería contra FEMAROCA TV S.A. y la JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO" (folios 14 al 55).
- ii. Copias de noticias relevantes asociados al tema y la competencia
 - a. Noticia de El Financiero "Cartago enfrenta monopolio virtual (folios 56 al 60).
 - b. Noticia de La Nación "ICE ingresa en el mercado de la televisión por Internet" (folios 61 al 62).
 - c. Noticia de El Financiero "Despega era de servicios satelitales" (folios 62 al 64).
 - d. Noticia de La Nación "TV por cable espera tanto auge como el que vive mercado celular (folios 65 al 67).
 - e. Noticia de www.MiCartago.com "JASEC pidió aumento en la electricidad, ciudadanos se expresaron en contra (folios 68 al 70).
 - f. Noticia de El Financiero "Datzap atacará demanda de Internet en mercado rural" (folio 71).
 - g. Noticia de La Nación "Cartago tendrá red de Internet súper veloz en noviembre" (folios 72 al 74).
 - h. Noticia de La Nación "Jasec ofrecerá telefonía e Internet en Cartago" (folio 75).
 - i. Noticia de La Nación "Multada cooperativa eléctrica por bloquear televisión por cable" (folios 76 al 77).
 - j. Escrito "JASEC e Internet: cuando no todas las redes conducen a Cartago" (folios 78 al 93).
 - k. Anuncio SKY "Nuevo paquete VETV" (folio 94).
- iii. Documentos relevantes entre las partes:
 - a. Oficio 259-G-2009 de JASEC (folios 95 al 100).
 - b. Oficio 3006-SUTEL-2011 de la SUTEL (folio 101 al 102).
 - c. Escrito sin número del 12 de agosto de 2010 de SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. (folio 103).
 - d. Escrito sin número del 27 de setiembre de 2010 de SERVICIOS FEMAROCA T.V. (folios 104 al 105).
 - e. Reglamento de las Condiciones Técnicas para la Accesibilidad a la Infraestructura de Postería de la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago" (folios 106 al 112).



- f. Oficio 1759-SUTEL-2012 de la SUTEL (folios 113 al 114)
 - g. Acta de la sesión extraordinarias N° 4.629 del 23 de diciembre de 2011 (folios 115 al 136).
 - h. Escrito sin número del 20 de junio de 2012 de SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. (folio 137).
 - i. Escrito sin número con fecha de recibido 20 de noviembre de 2012 de SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. (folios 138 al 139).
 - j. Oficio GIT-APS-061-2012 de JASEC (folios 140 al 299).
 - k. Oficio SF-018-2012 de SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. del 19 de setiembre de 2012 (folios 300 al 304)
 - l. Oficio GIT-APS-063-2012 de JASEC del 24 de setiembre de 2012 (folio 305).
 - m. Escrito sin número con fecha 12 de noviembre de 2012 de SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. (folio 306 al 307).
 - n. Oficio GG-1037-2012 de JASEC (folios 308 al 310).
 - o. Escrito sin número con fecha 28 de noviembre de 2012 de SERVICIOS FEMAROCA S.A. (folios 311 al 312).
- iv. Muestra de posibles clientes que podría obtener la empresa: Escrito sin número con fecha 11 de enero de 2013 SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. (folios 313 al 319).

SEGUNDO: SOBRE LA DENUNCIA PRESENTADA

a. Denunciante

La empresa denunciante es SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. (FEMAROCA), cédula jurídica número 3-101-335938, que fue autorizada para presentar servicios de telecomunicaciones mediante resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-062-2010, dicha resolución autorizó a esta empresa a prestar el servicio de televisión por suscripción en Alvarado de Cartago. Actualmente esta empresa presta el servicio de televisión por suscripción en los cantones de Alvarado y Oreamuno en la provincia de Cartago.

b. Denunciado

La empresa denunciada es la JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO (JASEC), cédula jurídica número 3-007-045087-09, fue creada mediante Ley N° 3300 y reformada mediante Ley N° 7799, además mediante la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660, fue facultada para prestar servicio de telecomunicaciones, infocomunicaciones y otros servicios en convergencia, además para prestar servicios de televisión por cable, adicionalmente fue autorizada para presentar servicios de telecomunicaciones mediante resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-296-2012 de las 10:00 del 03 de octubre 2012, dicha resolución autorizó a esta empresa para la operación de una red pública de telecomunicaciones (red de acceso de fibra óptica FTTH con tecnología GPON) en la provincia de Cartago. Actualmente esta empresa no ofrece servicios minoristas, sino que se limita a ofrecer servicios mayoristas de acceso a infraestructura esencial, particularmente de acceso a postes y está en proceso de ofrecer acceso a fibra óptica oscura.

c. Sobre la práctica denunciada

La empresa denunciada indica que la conducta de JASEC constituye una práctica monopolística que tiene como objeto o efecto el desplazamiento indebido de FEMAROCA, al respecto se indica que dicha conducta podría enmarcarse dentro de lo definido en el artículo 54 incisos b) y j) de la Ley N° 8642.

En ese sentido se destaca que JASEC tiene a su cargo una red de 30.000 postes de alumbrado público, siendo que dicha red de postes se constituye en una instalación esencial, cuyas condiciones económicas y técnicas hacen que sea imposible de sustituir, resultando que para FEMAROCA es despliegue de su red de cable coaxial se hace por medio del empleo de postes, tal que las prácticas dilatorias llevadas a cabo por JASEC han hecho que FEMAROCA experimente un retraso de casi cuatro años en la expansión de sus operaciones comerciales.

Adicionalmente el denunciante indica que esta dilación en el acceso a los postes le ha permitido a la misma JASEC retrasar la expansión de posibles competidores y colocar su futura red de fibra óptica como única alternativa para los operadores de telecomunicaciones.

De acuerdo a lo expuesto por el denunciante y con fundamento en la Ley N° 8642 y el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, los hechos denunciados podrían constituirse en una a práctica monopolística relativa en los términos de lo definido en el artículo 54 de la Ley N° 8642, la cual es sancionable conforme el artículo 67 inciso a) aparte 13) el cual indica que se considera como una infracción muy grave



"realizar las prácticas monopolísticas establecidas en esta Ley", siendo que a su vez el artículo 68 inciso a) de la Ley N° 8642 indica que: "Las infracciones muy graves serán sancionadas mediante una multa de entre cero coma cinco (0,5%) y hasta un uno por ciento (1%) de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior", siendo que cuando un operador o proveedor no haya obtenido ingresos brutos o se encuentre imposibilitado para reportarlos, la SUTEL utilizará como parámetro para la imposición de sanciones el valor de sus activos.

TERCERO: SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SUTEL

1. Que el artículo 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, establece que la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.
2. Que según el artículo 60 inciso k) de la Ley N° 7593 es una obligación fundamental de la SUTEL conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones.
3. Que el artículo 52 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, señala que la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia, el cual se regirá por lo previsto en dicha Ley y supletoriamente por los criterios establecidos en el capítulo III de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472. En ese sentido, la SUTEL tiene competencia exclusiva para conocer de oficio o por denuncia, así como corregir y sancionar, cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.
4. Que los artículos 3 inciso g) y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones establecen que le corresponde a la SUTEL conocer de oficio o por denuncia, así como corregir y sancionar, cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.
5. Que el artículo 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones establece que la SUTEL deberá investigar de oficio o por denuncia las prácticas monopolísticas previstas en la Ley N° 8642.
6. Que el artículo 55 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que a la SUTEL de previo a resolver sobre la procedencia o no procedencia del procedimiento sobre una práctica monopolística solicitará a la COPROCOM el criterio técnico correspondiente.
7. Que el artículo 44 inciso 1, sub inciso f) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus Órganos Desconcentrados (RIOF), establece que a la Dirección General de Mercados, le corresponde preparar de oficio o por denuncia, los estudios técnicos necesarios para que el Consejo pueda conocer de las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Asimismo, le corresponde a esta Dirección solicitar, conocer y tomar en cuenta en sus análisis, el criterio de la Comisión para Promover la Competencia, de previo a emitir su recomendación al Consejo, así como proponer las razones para apartarse de los criterios de dicha Comisión; sea para la procedencia de la apertura del procedimiento administrativo correspondiente o para el dictado del acto final (incisos i., q., y t.).
8. Que de conformidad con el artículo 33 inciso 31) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus Órganos desconcentrados (RIOF), le corresponde al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones corregir y sancionar, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

CUARTO: SOBRE LA NO PROCEDENCIA DE LLEVAR A CABO UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE COMPETENCIA

1. Para efectos de resolver el presente asunto conviene extraer del informe técnico de recomendación de la DGM rendido mediante oficio número 4796-SUTEL-DGM-2013, el cual es acogido en su totalidad por este Órgano decisor, lo siguiente:



IV. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

a. Sobre la tipicidad de la práctica denunciada

La empresa denunciante indica que la conducta de JASEC constituye una práctica monopolística que tiene como objeto o efecto el desplazamiento indebido de FEMAROCA, al respecto se indica que dicha conducta podría enmarcarse dentro de lo definido en el artículo 54 incisos b) y j) de la Ley N° 8642.

En ese sentido destaca la denunciante que JASEC tiene a su cargo una red de 30.000 postes de alumbrado público, siendo que dicha red de postes se constituye en una instalación esencial, cuyas condiciones económicas y técnicas hacen que sea imposible de sustituir, resultando que para FEMAROCA el despliegue de su red de fibra y cable coaxial requiere del uso de postes, tal que las prácticas dilatorias llevadas a cabo por JASEC han hecho que FEMAROCA experimente un retraso de casi cuatro años en la expansión de sus operaciones comerciales.

Adicionalmente, el denunciante indica que esta dilación en el acceso a los postes le ha permitido a la misma JASEC retrasar la expansión de posibles competidores y colocar su futura red de fibra óptica como única alternativa para los operadores de telecomunicaciones.

De acuerdo a lo expuesto por el denunciante y con fundamento en la Ley N° 8642 y el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, los hechos denunciados podrían constituirse en una práctica monopolística relativa en los términos de lo definido en el artículo 54 inciso b) de la Ley N° 8642. Que de lo anterior se desprende que la denuncia de FEMAROCA versa sobre la siguiente figura:

- Negativa de trato.

El artículo 9 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones define la negativa de trato como se detalla de seguido:

"Para efectos del inciso b) del artículo 54 de la Ley 8642, se configura esta práctica con la acción unilateral de rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a operadores o proveedores, servicios de telecomunicaciones disponibles, normalmente ofrecidos o adquiridos de terceros, sin que exista una justificación razonable.

Para las situaciones que se presenten respecto de la interconexión y el acceso, se estará a lo dispuesto al respecto en la Ley 8642 y el reglamento sobre esa materia, sin perjuicio de que se configure la práctica prevista en este artículo".

En ese mismo sentido, la Comisión Europea¹ ha definido que: "Una denegación sólo tendrá carácter abusivo cuando repercuta sobre la competencia dando lugar a una explotación o a prácticas anticompetitivas (...)", además la Comisión añade lo siguiente:

"Los operadores de telecomunicaciones que gocen de una posición dominante están obligados a tramitar con eficacia las solicitudes de acceso. Cualquier retraso indebido, inexplicable o injustificado que se produzca en la respuesta a una solicitud de acceso puede ser constitutivo de abuso (...)"

La denuncia de FEMAROCA por supuesta negativa de trato se basa en los siguientes hechos:

- FEMAROCA mantenía un contrato con JASEC desde el año 2004 para el alquiler de postes, que fue prorrogado hasta el 29 de abril de 2009, fecha en la que se le comunicó que no podía renovar la garantía de cumplimiento de dicho contrato ya que se tenían que firmar un nuevo contrato.
- El 13 de agosto de 2010 y 28 de setiembre de 2010 FEMAROCA presentó solicitudes de ampliación de uso de postes para la zona de Oreamuno de Cartago.

¹ Comisión Europea. (1998). Comunicación sobre la aplicación de normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones: Marco Jurídico, Mercados de Referencia y Principios. Diario Oficial de las Comunidades Europeas (98/C 265/02).



- Dicha solicitud fue recibida por JASEC indicando que no podían autorizar nada hasta que el nuevo contrato estuviera firmado. En virtud de lo anterior se plantea una intervención sobre este tema ante la SUTEL.
- En febrero de 2011 se publicó el "Reglamento de las condiciones técnicas para la accesibilidad a la infraestructura de postera de JASEC" que se ha convertido en un instrumento barrera para el desarrollo normal de las relaciones con los distintos operadores, ya que impone condiciones que el propio JASEC no cumple y por tanto imposibilita que los operadores a su vez cumplan.
- Ante las múltiples excusas de JASEC para no permitir la ampliación a Oreamuno, FEMAROCA procede de manera paralela a presentar ampliaciones para uso de postera en las zonas de Santa Rosa y Llano Grande de Cartago.
- JASEC se negó argumentando que tenían que poner los cables a 5,5 metros conforme al Reglamento antes mencionado. Ello a pesar de conocer JASEC que dicha altura es imposible de cumplir respecto a la postera actual en manos de la empresa.
- Ante esta circunstancia FEMAROCA ofreció alternativas técnicas para entrar a la zona, mayor tensión de cables, mayor altura en herrajes, entre otras, todas las cuales fueron rechazadas argumentando la altura señalada en el citado reglamento, con lo cual se cierra la posibilidad de lograr una ampliación en la postera en toda la provincia de Cartago.
- La SUTEL emitió una resolución de intervención (RCS-144-2012 del 9 de mayo de 2012) en la que se establecieron condiciones a JASEC para que la solicitud de acceso a postes en la zona de Oreamuno presentada por FEMAROCA fuera tramitada.
- A la fecha JASEC ha impedido a través de diversas acciones dilatorias que las ampliaciones de FEMAROCA puedan ser ejecutadas debidamente.
- Pese a la resolución de la SUTEL, lo actuado por JASEC no sólo constituye una falta de ejecución de lo ordenado, sino que la negativa de acceso se configura en una práctica monopolística dirigida a limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado específico de la provincia de Cartago.

Lo anterior evidencia que a enero de 2013, fecha en que FEMAROCA presenta la denuncia, JASEC continuaba sin haberle otorgado acceso a los postes solicitados, contraviniendo lo que había sido indicado por la SUTEL en mayo del 2012, mediante la resolución RCS-144-2012 de las 10:20 horas del 09 de mayo de 2012, cuando se le había ordenado a JASEC otorgarle acceso a FEMAROCA en una ruta definida de postes.

Lo anterior se constituye en un indicio suficiente para presumir que se podría haber cometido una práctica de negativa de trato, ya que la solicitud de acceso presentada por FEMAROCA, 30 meses después continuaba sin haber sido atendida.

A abril de 2013, JASEC continuaba sin ofrecer acceso a FEMAROCA a los recursos de postera solicitados. Razón por la cual la SUTEL mediante la resolución RCS-135-2013 de las 12:20 horas del 17 de abril de 2013, dictó una medida cautelar a favor de FEMAROCA en los siguientes términos:

*"Dictar una medida cautelar en el caso de **SERVICIOS FEMAROCA TV S.A.** en el expediente OT-096-2010 en los siguientes términos:*

- a. Ordenar a la JASEC que conjuntamente con FEMAROCA en un **plazo de un (1) mes** presenten a esta entidad reguladora alternativas para la ruta San Rafael de conformidad con lo dispuesto en el oficio GIT-APS-056-2012 del 8 de agosto del 2012 y presenten la propuesta a la SUTEL (folios 833 al 834).
- b. Ordenar a la JASEC conjuntamente con FEMAROCA en un **plazo de un (1) mes** presenten a esta entidad reguladora alternativas para la ruta Cot – Santa Rosa, de conformidad con lo dispuesto en los oficios GIT-APS-055-2012 del 8 de agosto del 2012 y



GIT-APS-062-2012 del 24 de setiembre del 2012 (folios 835 y 837) y GIT-APS-061-2012 del 14 de setiembre del 2012, y presentan la propuesta a la SUTEL.

- c. Ordenar a JASEC conjuntamente con FEMAROCA en un plazo de un (1) mes presenten a esta entidad reguladora alternativas para la ruta Tierra Blanca de conformidad con lo dispuesto en el oficio GIT-CSO-APS-064-2012 del 28 de setiembre del 2012, y presentan la propuesta a la SUTEL" (lo destacado pertenece al original).

Para verificar el cumplimiento de dicha medida cautelar se solicitó al Área de Uso Compartido de la DGM mediante nota 3906-SUTEL-DGM-2013 del 08 de agosto de 2013, informar el estado actual de acceso a postes propiedad de la empresa JASEC por parte de la empresa FEMAROCA. Respecto a dicha solicitud, se indicó por nota 4571-SUTEL-DGM-2013 del 13 de setiembre de 2013, lo siguiente:

18. Que el 3 de abril del 2013 (NI-2434) el señor Eduardo Mora Barrantes, en su condición de Gerente General de FEMAROCA solicitó la intervención de la SUTEL ya que a pesar de haber firmado un Contrato de Arrendamiento en Postería Propiedad de JASEC no se le había permitido continuar con ampliaciones en la zona de Santa Rosa de Oreamuno de Cartago y solicita el dictado de una medida cautelar.
19. Que el Consejo de la Superintendencia mediante acuerdo número 020-020-2013 de la sesión ordinaria 20-2013 celebrada el 17 de abril del 2013, adoptó la resolución número RCS-135-2013 de las 12:20 horas del 17 de abril del 2013, en la cual resolvió dictar una medida cautelar para el acceso y uso compartido de infraestructura propiedad de la JASEC, en los siguientes términos:
- I. Ordenar a la JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO (en adelante JASEC), a cumplir sin demora con lo dispuesto:
- (...)
- c. En la resolución número RCS-144-2012 de las 10:20 horas del 9 de mayo del 2012 en la cual dictó la orden de acceso a recursos de postería de JASEC en la ruta del Sector de San Rafael de Oreamuno solicitada por FEMAROCA.
- d. Con todo lo estipulado en el Contrato de uso y acceso compartido de la postería para las redes de telecomunicaciones entre JASEC y FEMAROCA suscrito el 18 de julio del 2012 (folios 798 al 831 expediente OT-096-2010).
20. Que el 10 de junio del 2013 (NI-4355-13), el señor Eduardo Mora Barrantes en su condición de representante de la empresa SERVICIOS FEMAROCA TV S.A. manifestó mediante documento presentado a esta Superintendencia que JASEC no ha cumplido con lo ordenado y que se encuentra en mora.
21. Que el 28 de junio del 2013 mediante una Resolución de la Dirección General de Mercados de la SUTEL, se citó a las partes a una audiencia el día 01 de julio de 2013 en las oficinas de la SUTEL, para verificar el cumplimiento de la medida cautelar.
22. Que el 1 de julio del 2013, se llevó a cabo, en las oficinas de SUTEL, la audiencia entre JASEC y FEMAROCA en la cual se comprobó que no se había dado cumplimiento a lo ordenado en la resolución RCS-144-2012.
23. Que el 09 de julio del 2013 (NI-5367-13) el señor Eduardo Mora Barrantes en su condición de representante de la empresa SERVICIOS FEMAROCA TV S.A, informó a la SUTEL que el 05 de agosto del 2013 empezarian los trabajos en la zona de San Rafael de Oreamuno en cumplimiento de lo indicado en la resolución RCS-144-2012.
24. Que el 05 de agosto del 2013 la Dirección General de Mercados realizó una inspección en la zona de San Rafael de Oreamuno, para constatar el inicio de las labores de FEMAROCA, mediante el oficio 3939-SUTEL-DGM-2013 se aportó el Acta y el informe de dicha inspección.



25. *Que el 13 de agosto del 2013 la Dirección General de Mercados mediante el oficio 4012-SUTEL-DGM-2013, le dio traslado a las partes para que se refieran al contenido del Acta y el informe de Inspección relativo a la situación del cumplimiento de la resolución RCS-144-2012.*
26. *Que el 16 de agosto del 2013 (NI-6780-13), mediante el oficio GG-559-2013 el señor Roberto Brenes Brenes, en su condición de gerente general a.i. de la JASEC informa que los trabajos se han realizado satisfactoriamente por parte de FEMARROCA, y que los permisos se emitieron el 14 de agosto del año en curso.*
27. *Que el 19 de agosto del 2013 (NI-6899-13) el señor Eduardo Mora Barrantes en su condición de representante de la empresa SERVICIOS FEMARROCA TV S.A, informó a la SUTEL que no tiene ningún comentario adicional al acta e informe de inspección y que actualmente se encuentran realizando los trabajos sin que se haya presentado ningún inconveniente, dando así cumplimiento a lo que había sido ordenado en la resolución RCS-144-2012".*

La anterior relación de hechos permite concluir que en agosto de 2013 JASEC otorgó acceso a FEMARROCA a los recursos de postera previamente solicitados, y que son objeto de la denuncia analizada en el expediente administrativo SUTEL PM-447-2013, razón por la cual la supuesta práctica de negativa de trato se habría dado por concluida.

b. Sobre el poder de mercado y los posibles efectos anticompetitivos.

En virtud de que a la fecha el problema de acceso a recursos de postes por parte de FEMARROCA en la red de JASEC ya ha sido resuelto, siendo que FEMARROCA cuenta con acceso efectivo a los postes solicitados, se considera que no resulta pertinente analizar los restantes elementos relacionados con el análisis de las prácticas monopolísticas relativas, a saber, el poder de mercado y los posibles efectos anticompetitivos de la práctica denunciada".

- II. Que el procedimiento administrativo se inicia por el acto que el ordenamiento jurídico le atribuye el efecto de poner en marcha la actividad de la Administración. La naturaleza del acto de inicio es diversa según sea de oficio o a instancia de parte. Cuando la Administración decide iniciar un procedimiento debe dictar un acto de trámite. Este acto de inicio puede emanar del órgano competente, sea por iniciativa propia, orden de un órgano superior o denuncia, que pueden o no estar precedidos de una investigación preliminar.
- III. Que el presente caso responde al caso de "denuncia". La denuncia es un acto administrativo de colaboración con la función administrativa por el cual se pone en conocimiento del órgano administrativo hechos que pueden determinar el inicio de un procedimiento. La denuncia obliga a la administración pública atenderla y darle trámite, esto es, actuar a través de la iniciación de un procedimiento administrativo, siempre que exista base racional para admitir su veracidad, para cuya constatación puede disponerse una investigación preliminar. En este sentido, no cabe confundir la denuncia como una modalidad de inicio de un procedimiento administrativo a instancia de parte, puesto que no se trata de una petición o pretensión en sentido estricto sino de un acto para poner en conocimiento --en el presente caso - a la SUTEL de unos hechos presuntamente irregulares, con el propósito de instar a la Superintendencia para que incoe el procedimiento respectivo.
- IV. Que en este caso por tratarse del conocimiento por denuncia de prácticas monopolísticas, conforme con el párrafo penúltimo del artículo 52 de la Ley 8642, y de acuerdo con el artículo 55 ídem, de previo a decidir la procedencia de la apertura del respectivo procedimiento administrativo, la SUTEL debe solicitar a COPROCOM los criterios técnicos correspondientes. Es decir, una vez que se rindan dichos criterios la SUTEL debe valorar si abre (inicia) o no el procedimiento administrativo correspondiente.
- V. Que en consecuencia, y en adición a los anteriores considerandos es necesario referirse al criterio técnico de la COPROCOM respecto a dicho tema, el cual fue emitido mediante opinión OP-07-13, recomendando lo siguiente en lo que respecta a la procedencia o no de llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo contra la empresa JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO:



“No se recomienda la apertura de un procedimiento administrativo sancionador por supuestas prácticas monopolísticas, sino la aplicación de los artículos 60 y 67 incisos 9 o 10, de la Ley General de Telecomunicaciones. Sólo en el caso de existir algún tipo de impedimento legal para llevar a cabo el proceso por incumplimiento a facilitar el acceso a instalaciones esenciales, sí procedería la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador, con el fin de determinar la verdad real de los hechos, y de llegar a demostrarse, imponer la sanción correspondiente y corregir la supuesta conducta anticompetitiva.”

- VI. Que este Consejo considera como argumento principal para no abrir un procedimiento sancionador por prácticas monopolísticas, en esencia el mismo argumento que COPROCOM; en el sentido de que los hechos denunciados tienen solución en el ordenamiento jurídico, en primer lugar, en la regulación sectorial, específicamente en el régimen de acceso y el procedimiento sumario de intervención, A través de este régimen y mecanismo se resuelven con carácter sumario, entre otros, los conflictos relativos al acceso de recursos escasos. Tratándose de una industria de redes, de barreras de entrada como las altas inversiones y el necesario acceso a determinados recursos escasos; la regulación parte de la aplicación de iure de la doctrina de facilidades esenciales en los recursos escasos de las telecomunicaciones de acuerdo a la Ley N°8642 (v.gr. postes). En este sentido, el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones establece disposiciones y un régimen que resulta más ágil que las soluciones ex post del derecho de competencia. Incluso, la Ley General de Telecomunicaciones tiene infracciones y un régimen sancionador que comprende los casos de acceso a recursos escasos. Sin embargo, cuando hay algún impedimento legal o dadas ciertas particularidades de cada caso podría resultar más eficiente y eficaz una solución del derecho de la competencia; por lo que procedería encauzar la denuncia como un tema de supuesta práctica anticompetitiva.
- VII. Que en el presente caso y dicho lo anterior, los mismos hechos o situación denunciada ha sido objeto de un procedimiento de intervención cuyo fin es el acceso a este recurso escaso. Dentro de este marco, las partes han llegado a un acuerdo y SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. cuenta con acceso efectivo a los postes solicitados.
- VIII. Que en virtud de los Resultandos y Considerandos que preceden, lo procedente es no llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo de competencia contra la empresa JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO por infracción del artículo 54 inciso b) de la Ley N° 8642, en virtud de que en el mes de agosto de 2013 la JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO otorgó acceso a SERVICIOS FEMAROCA T.V. S.A. a los recursos de postería previamente solicitados y que son objeto de la denuncia analizada en el expediente administrativo SUTEL PM-447-2013.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, el Reglamento al Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 7472 y demás normativa de general y pertinente de aplicación,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

ÚNICO. Declarar que no resulta pertinente llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo de competencia contra la empresa JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO por la presunta comisión de prácticas monopolísticas relativas en el mercado de acceso a postes en la Provincia de Cartago e infracción del artículo 54 inciso b) de la Ley N° 8642, en virtud de los motivos y fundamentos indicados en los resultandos y considerandos anteriores.

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 345 de la Ley General de la Administración Pública, se indica que contra esta resolución cabe el recurso ordinario de revocatoria o reposición ante el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, a quien corresponde resolverlo y deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles, contados a partir del día siguiente a la publicación de la presente resolución.

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

