

Nº 18425

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA N° 069-2012

A LAS ONCE HORAS Y TREINTA MINUTOS DEL 04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SAN JOSÉ, COSTA RICA

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

Acta de la sesión extraordinaria número sesenta y nueve, celebrada en la sala de sesiones del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, a las once horas y treinta minutos del 4 de noviembre del 2012.

Preside el señor George Miley Rojas. Asisten los señores Maryleana Méndez Jiménez y Walther Herrera Cantillo.

Se encuentran presentes los funcionarios Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo, Jorge Brealey Zamora, Asesor Legal del Consejo, Mercedes Valle Pacheco, Asesora del Consejo, Rose Mary Serrano Gómez, Asesora del Consejo, Deryhan Muñoz Barquero y Daniel Quirós Zúñiga, funcionarios de la Dirección General de Mercados.

Se deja constancia de la inasistencia del señor Carlos Raúl Gutiérrez Gutiérrez, el cual fue sustituido por el señor Walther Herrera Cantillo de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo 002-068-2012 de la sesión 068-2012, celebrada el 02 de noviembre del 2012.

Asimismo se hace ver que la presente sesión se celebró de conformidad con lo señalado en el acuerdo 003-068-2012, de la sesión indicada en el párrafo anterior.

ARTÍCULO 1

I. ASUNTOS DE LOS SEÑORES MIEMBROS DEL CONSEJO.

1. Conocimiento del Recurso interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la resolución RCS-291-2012, dentro del expediente SUTEL OT-015-2012.

De inmediato el señor George Miley Rojas, somete para conocimiento de los señores Miembros del Consejo el tema relacionado con el Recurso interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la resolución RCS-291-2012, según el expediente SUTEL OT-015-2012.

El señor Walther Herrera Cantillo manifiesta que se debe analizar el documento planteado por la Dirección General de Mercados punto por punto, sobre el tema específico relacionado con la cláusula de la devolución de bandas de frecuencias por parte del ICE, aspecto sobre el cual indica lo siguiente:

Debe quedar claro que el espectro radioeléctrico con que cuenta en este momento el ICE en las bandas referidas en el recurso, han sido adquiridas desde hace varios años atrás y que de ningún modo este espectro lo está obteniendo el ICE por medio de la adquisición de la empresa Cable Visión.

Teniendo clara esta condición, se debe analizar el recurso planteado por el ICE, por lo que se debe valorar dentro del objeto de este recurso la condición recurrida por esa entidad, de que es una situación legada previa a la operación de concentración sometida a autorización y por tanto propone que debe ser tratada y resuelta de forma separada a la aprobación de la concentración entre el Grupo ICE y Cable Visión.

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

Por otra parte, señala, en sesiones anteriores solicitó a este Consejo un análisis jurídico por parte de los asesores legales del Consejo sobre las potestades que tiene SUTEL con respecto a la capacidad o no de imponer estas condiciones, por tipo y en qué casos, solicitud que fue rechazada por el Consejo.

La señora Maryleana Méndez Jiménez dice que hay que analizar con detalle lo referente a la competencia de la SUTEL, para solicitar devolución de frecuencias bajo estas circunstancias. Además, lo referente a la proporcionalidad de la medida y el tema del tiempo correcto. Le preocupa que en algunos casos las conclusiones no están relacionadas con el texto primario.

El señor Jorge Brealey, en relación con el informe presentado por la Dirección General de Mercados y la propuesta de resolución del recurso presentado, manifiesta que la discusión jurídica expresada en dichos documentos, lo es para realizar un análisis de la discrecionalidad en cuanto los efectos perjudiciales identificados por los estudios económicos a propósito de la operación de adquisición, y así poder determinar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida previamente acordada y que fue recurrida; es decir, realizar un test de la razonabilidad-proporcionalidad sobre la medida y la cuestión planteada por la recurrente.

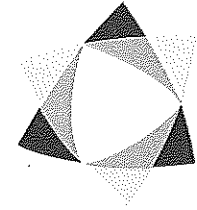
Sin embargo, dado que si se interpreta –según el informe presentado- que la norma del artículo 57 de la Ley General de Telecomunicaciones, habilita a la SUTEL para establecer como condición el traspaso de activos, esto es solo si ello es razonable y si tiene relevancia a propósito de la operación de adquisición o concentración. En este sentido, si se tiene que con base en el citado informe de la Dirección General de Mercados, la concentración del espectro radioeléctrico no es producto de la operación o negocio de adquisición, dado que el derecho de uso y explotación del ICE sobre las frecuencias en cuestión fueron adquiridas por circunstancias históricas y legada; razón por la cual, la medida de traspaso de parte de ese activo no viene a resolver un efecto en el nivel de competencia del mercado relevante como resultado directo del negocio de concentración; y por ende, la medida no es procedente.

Siendo así, lo estimado en el citado informe y así acogido por el Consejo, entonces, resulta innecesario realizar todo un extenso análisis de la discrecionalidad y razonabilidad de la medida recurrida, puesto que estaría anulada la medida por otra razón más sencilla.

Al respecto, se realiza revisión de la resolución en cuestión y se hacen ver algunos errores que la misma tiene, lo anterior con la finalidad de que sea corregida.

Seguidamente se tuvo un cambio de impresiones dentro del cual se analizó:

1. La condición previa a la aprobación de la autorización.
2. La aprobación de promociones y/o paquetes.
3. Sistema de Información de infraestructura esencial.
4. Presentación anual de informes sobre acciones ejecutadas en materia de concentración.
5. Suspensión de cláusulas de penalización por terminación anticipada del contrato de servicios.



04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

6. Homologación de contratos.
7. Prohibición para la adquisición a futuro de otras compañías proveedoras del servicio de televisión por suscripción.
8. Comunicación de decisión de devolución de espectro al Poder Ejecutivo.
9. Petitoria.
10. La condición previa a la aprobación de la autorización.
11. Las obligaciones a posteriori.
 - 11.1. Aprobación de promociones y/o paquetes.
 - 11.2. Sistema de información de infraestructura esencial.
 - 11.3. Presentación anual de informes sobre acciones ejecutadas en materia de concentración.
 - 11.4. Suspensión de cláusulas de penalización por terminación anticipada del contrato de servicios.
 - 11.5. Homologación de contratos.
 - 11.6. Prohibición para la adquisición a futuro de otras compañías proveedoras del servicio de televisión por suscripción.
 - 11.7. Comunicación de decisión de devolución de espectro al Poder Ejecutivo.

El señor George Miley Rojas dice estar de acuerdo en aprobar la propuesta de resolución. Sin embargo, reitera que sí hay un problema fundamental en dicho documento, pues la decisión inicial tomada por el Consejo no la comparte en lo absoluto.

Manifiesta que el "HHI" no da, no se hizo el test monopolístico hipotético, asimismo no se utilizaron pruebas adhoc para hacer estudios de mercado de precios y concentración, como lo son el sistema de concentración comprensiva, el índice U y otras muchas herramientas, lo único que se utilizó fue el "HHI" y el resultado que dio fue que "se concentra más el mercado" a niveles que en otros países no se permitiría.

Dice que, si se estuviera en una situación donde se da una fuga de capitales y de activos por haber una quiebra eminente de una empresa, entonces se haría el análisis de mercado antes y después, siendo un prejuicio para el mercado la pérdida de esa empresa y los potenciales usuarios, afectando así el bienestar económico como un todo.

Sigue explicando que, al no estar ante una situación de esas por lo menos evidente y manifiesta por parte de cualquiera de las partes de que hay una eminente quiebra o una situación financiera, que pudiera dar un desplazamiento de usuarios, empeorando la situación del mercado en lugar de mejorarla, entonces se podrían obviar todos los estudios económicos y se debería de permitir, pero no estamos ante ninguna de esas situaciones y por lo contrario la técnica y el análisis demuestran contundentemente que sí hay problemas de mercado.

Dice que desde el punto de vista de análisis de los diferentes actores involucrados, se tiene el mercado de acceso de infraestructura, en el cual el 100% de los hogares donde entra una línea de Cablevisión, ingresa una línea del ICE, o sea en este momento un 50% - 50% "splits" y el ICE pasó a tenerla en un 100% y eso es un monopolio.

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

Continúa manifestando que en el mercado de televisión por paga, el ICE no tiene ninguna cuota, excepto la que obtiene muy precariamente por IPTV, que es un producto sustituto de la televisión por suscripción por lo que las cuotas de mercado en este momento no se verían alteradas por la entrada del ICE para competir en ese espacio. En cuanto al mercado de internet, se hace un estudio únicamente de ciertas partes y no con la sustituibilidad de todos los demás servicios que se están brindando, como por ejemplo datacard que son servicios de fijos móviles y si se incluyen, tendrían una concentración mucho mayor.

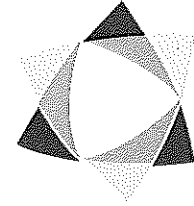
Bajo todos esos elementos tanto económicos-matemáticos, como económicos-sociales, en donde ninguna de las partes demuestra que hay un beneficio para el mercado, excepto para sí mismos, lo cual es lo que siempre se busca en un proceso de concentración, con o sin vicios, considera que se debió rechazar de plano y no comparte en lo absoluto la decisión del Consejo de dar el visto bueno.

Dice apoyar la moción de que se emita la resolución, en el tanto se resuelva un tema meramente procedimental, sin embargo no comparte por el fondo la decisión inicial tomada por el Consejo de no permitir la fusión de las empresas. Ante lo anterior, su posición en ese caso, la cual desea quede expresa y clara en actas, hubiera sido negativa ante todos los estudios realizados.

La señora Méndez dice que aquí no se está entrando a discutir si se tenía que concentrar o no, pues esa fue una decisión previa en la que don George Miley no participó, por lo anterior debería sujetarse a la opinión sobre el recurso particular de una resolución que fue tomada por el Órgano Colegiado al cual él pertenece en ese momento.

A la pregunta del señor George Miley, el señor Jorge Brealey aclara que en realidad la revisión de un acto administrativo vía recurso abre la posibilidad para revisar la validez del acto en su totalidad y no solo aquellos aspectos o vicios alegados por la recurrente. En ese sentido, e independientemente de que la integración del Consejo es diferente hoy respecto de la sesión en la que se aprobó la resolución RCS-291-2012, el Consejo debe revisar integralmente la legalidad y validez del acto recurrido, y en ese caso si un miembro considera que la decisión final contiene otros vicios, así lo puede expresar y sostener en esta sesión. De ello deriva que sí es posible para cualquiera de los Miembros presentes rechazar el recurso no por las razones de la mayoría, lo que a *contrario sensu* supondría asumir tácitamente su conformidad con la decisión adoptada en la resolución recurrida; cuando en realidad no se está de acuerdo.

Así las cosas, el Miembro que se encuentre en esa posición para ser consistente con su opinión en cuanto al fondo de la decisión final, pese a que no estuvo presente integrando el Consejo en la aprobación de dicha resolución; puede ahora vía recurso objetar la decisión final, toda vez que existe la posibilidad de la revisión de todo el acto final y la procedencia de la *reformatio in peius* en sede administrativa. En ese sentido, y en similar situación ya la Procuraduría General de la República aún en el caso de la aprobación del acta de una sesión donde se aprueba un acuerdo y del cual un miembro no estuvo presente, ese miembro ausente está legitimado de presentar recurso de revisión contra el acuerdo previamente adoptado en la sesión en la que estuvo ausente (Dictamen C-301-2005). Ello por cuanto ante ciertos vicios de evidente y manifiesta nulidad persiste el deber y la obligación de revisar los actos colegiados antes de que queden firmes mediante la aprobación del respectiva acta, y por ello, se faculta al miembro ausente en la sesión de la aprobación de los acuerdos a presentar el recurso de revisión respectivo en la sesión de la aprobación del acta respectiva.



04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

De modo análogo en el *sub judice*, entonces no es irracional pensar que por medio de la vía recursiva el miembro ausente en la sesión en la que se aprobó la resolución RCS-291-2012, pueda en el conocimiento de recurso y debiendo revisar la validez del acto final en su totalidad, pueda advertir otros vicios y sostener la invalidez de dicha resolución y, en consecuencia rechazar el recurso por otras razones, además de expresar lo propio en cuanto la validez del acto final.

Don Walther Herrera manifiesta estar acuerdo con el señor Jorge Brealey solo en la parte que se refiere a lo indicado por la Procuraduría General de la República respecto a la aprobación del acta, que es el momento procesal para presentar un recurso de revisión sobre un acuerdo específico y que es muy diferente a la situación actual, por que el acuerdo del Consejo en el cual se aprueba la concentración en análisis, fue un acto en realizado en el acta 54, la cual quedó debidamente firmada y aprobada en la sesión siguiente. Así las cosas, el tiempo procesal del señor Miley Rojas pasó.

Una vez llevado a cabo un análisis particular del tema en cuestión, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones dispone aprobar la siguiente resolución.

ACUERDO 001-069-2012**RCS-326-2012****RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA****SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES****SAN JOSÉ, A LAS 16:00 HORAS DEL 4 DE NOVIEMBRE DE 2012**

“RESUELVE RECURSO DE REVOCATORIA CON APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA SUTEL NÚMERO RCS 291-2012 DE LAS 9:00 HORAS DEL 3 DE OCTUBRE DEL 2012, ADOPTADA MEDIANTE ACUERDO NÚMERO 008-059-2012 DE LA SESIÓN ORDINARIA NÚMERO 059-2012 DEL 3 DE OCTUBRE DEL 2012”

EXPEDIENTE SUTEL-OT-015-2012

En relación con el recurso denominado por la parte recurrente como de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD**, cédula jurídica número 4-000-042139, (“ICE”), contra la resolución del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) número RCS-291-2012 de las 9:00 horas del 3 de octubre de 2012, adoptada por acuerdo N° 008-059-2012; el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones ha adoptado en el Artículo 1, acuerdo 001-069-2012, de la sesión extraordinaria N° 069-2012 celebrada el 04 de noviembre de 2012, la siguiente resolución:

RESULTANDO

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

1. Que el 3 de octubre del 2012, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante SUTEL) mediante acuerdo número 008 de la sesión ordinaria número 059-2012, aprobó la resolución número RCS-291-2012 de las 9:00 horas, en la cual resolvió:

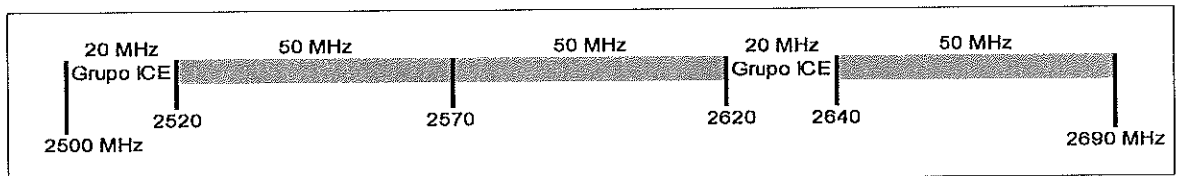
"(...)

A. Autorizar la concentración consultada para la adquisición por parte del ICE del ciento por ciento de las acciones de CABLE VISIÓN, sujeta al cumplimiento de previo de la siguiente condición:

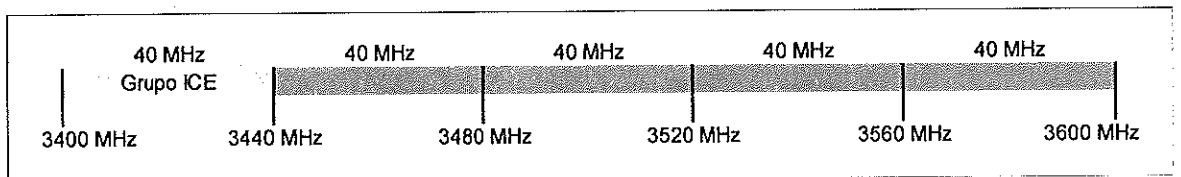
- i. Que de previo a autorizarse la operación de compra de la empresa CABLE VISIÓN de Costa Rica CVCR S.A. el Grupo ICE proceda a renunciar de manera pura, simple e irrevocable mediante acuerdo muto ante el Poder Ejecutivo al derecho de uso y explotación de los siguientes segmentos de espectro radioeléctrico:

- Segmento de 1880 MHz a 1920 MHz (40 MHz).
- Segmentos de 2520 MHz a 2620 MHz y 2640 MHz a 2690 MHz (150 MHz).
- Segmento de 3440 MHz a 3600 MHz (160 MHz).

De manera que la ocupación del espectro por parte del Grupo ICE para las bandas de 2600 MHz y 3500 MHz se disponga de la siguiente forma:



Canalización banda de 2600 MHz



Canalización banda de 3500 MHz

Una vez presentados los documentos de renuncia respectivos, y si este cumple con lo estipulado en la presente decisión, se tendrá por cumplida la condición, y la autorización surtirá plenos efectos. Si las solicitantes no cumplen la anterior condición, la concentración propuesta se tendrá por no autorizada.

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

- B. Cumplida la condición y, por ende, autorizada la concentración el ICE y CABLEVISIÓN tendrán las siguientes obligaciones:
- i. *Que el ICE y CABLE VISIÓN se abstengan de realizar ventas atadas entre los distintos servicios que ofrece, entre ellos el servicio de televisión por suscripción, las cuales se encuentran prohibidas en el artículo 54 inciso f) de la Ley N° 8642. El ICE y CABLE VISIÓN sí podrán ofertar en forma conjunta sus servicios siempre que la aceptación de la oferta por parte de los consumidores sea totalmente libre y voluntaria, lo cual debe estipularse explícitamente en los contratos de adhesión. Que en ese mismo sentido y en el caso de ofrecer servicios empaquetados, se debe indicar al usuario final en su facturación mensual el detalle de los precios que se le cobran por cada uno de los servicios incluidos en el paquete.*
 - ii. *Que el ICE y CABLE VISIÓN sometan a aprobación de la SUTEL aquellas promociones y/o paquetes que incluyan el servicio de televisión por cable, siendo que dicho Instituto debe indicar por separado en los reportes que someta a aprobación de la SUTEL los precios individuales, condiciones de calidad y demás detalles de cada uno de los servicios incluidos en dichas promociones. Para estos efectos la SUTEL emitirá oportunamente una serie de lineamientos.*
 - iii. *Que el ICE siga manteniendo por separado la contabilidad de la empresa CABLE VISIÓN, evitando en todo momento mezclar dentro de sus Estados Financieros aquellas actividades asociadas a la empresa CABLE VISIÓN, particularmente el servicio de televisión por suscripción, lo cual permitiría garantizar la no existencia de subsidios cruzados, mismos que se encuentran prohibidos en el artículo 54 inciso c) de la Ley N° 8642.*
 - iv. *Que el ICE garantice, cuando resulte técnicamente factible, el acceso a la infraestructura esencial que requieren sus competidores del servicio de televisión por suscripción para desplegar sus redes o ampliar sus servicios, para lo cual debe garantizar el cumplimiento de los plazos establecidos para tales propósitos en el Reglamento del Régimen de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones. Adicionalmente debe mantener a disposición del mercado un sistema de información con datos referentes a la cantidad de postes, ductos y demás infraestructura esencial, así como el grado de utilización de dichos postes y ductos, para lo cual contará con un plazo de seis (6 meses) para implementar dicho sistema de información.*
 - v. *Que el acceso que se preste a los distintos operadores del mercado se debe hacer en condiciones no discriminatorias (trato no menos favorable) respecto a lo ofrecido a CABLE VISIÓN, por lo cual el ICE deberá hacer públicas y replicables a cualquier operador del mercado dichas condiciones de acceso mayorista. Para cumplir esto el ICE podrá emplear como mecanismo de transparencia la Oferta de Interconexión por Referencia.*
 - vi. *Que el ICE y CABLE VISIÓN presenten ante la SUTEL de manera anual en el mes de noviembre de cada año y por un período de cinco (5) años un informe sobre las acciones ejecutadas en materia de esta concentración y la forma en que la misma*

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

ha cumplido con las eficiencias enunciadas por las partes en el marco de la solicitud de autorización de dicho proceso de concentración, para lo cual debe presentar evidencias cuantificables de los ahorros y beneficios obtenidos por los consumidores que se derivaron producto de la concentración.

- vii. Que CABLE VISIÓN suspenda en todos los contratos de sus usuarios vigentes a la fecha de la realización de la operación de concentración cualquier tipo de cláusula que penalice la terminación anticipada de tales contratos, con el fin de que aquellos usuarios que deseen rescindirlos puedan hacerlo.*
 - viii. Que CABLE VISIÓN proceda en el plazo de diez (10) días hábiles a partir de la ejecución de la operación autorizada a cumplir con la obligación de homologar los contratos de usuario final, misma que se encuentra definida en el artículo 46 de la Ley General de Telecomunicaciones y en el 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones.*
 - ix. Que en adelante el ICE no podrá participar directa o indirectamente, por sí mismo o por medio de empresas relacionadas, en la adquisición o propiedad de compañías proveedoras del servicio de televisión por suscripción.*
- C. Instruir a la Dirección General de Mercados para que en los plazos indicados dé seguimiento al cumplimiento de todo lo dispuesto en la presente resolución.*
- D. Notificar a las solicitantes y comunicar la presente decisión al Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicación (...)” (Visible del folio 671 al 741).*
2. Que el 10 de octubre del 2012, se notificó la anterior resolución al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (en adelante ICE). (Visible del folio 742 al 746).
3. Que el 16 de octubre del 2012, el señor Claudio Bermúdez Aquart, en su condición de Gerente de Telecomunicaciones con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del ICE interpone el siguiente recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución número RCS-291-2012 de las 9:00 horas del 3 de octubre del 2012, en los siguientes términos:

3.1. “Resuelve A1”. Condición previa a la aprobación de la autorización

3.1.1. Se ordena renunciar al derecho y uso de explotación de espectro radioeléctrico

En el Resuelve A.1 de la resolución de marras, el CONSEJO de la SUTEL establece como condición previa a autorizar la operación de compra de la empresa CABLE VISION, que el Grupo ICE proceda a renunciar de manera pura y simple a irrevocable mediante acuerdo

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

ante el Poder Ejecutivo al derecho de uso y explotación de los siguientes segmentos del espectro radioeléctrico: segmento de 1880 MHz a 1920 MHz (40 MHz); segmento de 2520 MHz a 2620 MHz y 2640 a 2690 MHz (150 MHz) y segmento de 3440 MHz a 3600 MHz (160 MHz).

3.1.2. Potestad exclusiva del Poder Ejecutivo y no conexa a la autorización de concentración

Lo ordenado por el CONSEJO de la SUTEL en dicho punto de la parte resolutive, por vicio de ilegalidad debe revocarse y dejarse sin efecto, dado que implica una disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico por exceder límites del ejercicio de su competencia, puesto que, de acuerdo con lo establecido en la legislación de telecomunicaciones, dicha competencia es exclusiva del Poder Ejecutivo. Por consiguiente, la decisión de si es procedente o no que el Grupo ICE tenga que devolver o no segmentos del espectro radioeléctrico, es una potestad exclusiva e indelegable del Poder Ejecutivo, sujeta al respectivo procedimiento, según las reglas establecidas por el Poder Legislativo en las leyes de telecomunicaciones y sus reglamentos.

3.1.3. Consideraciones complementarias

En materia de competencia de telecomunicaciones en los mercados abiertos, la resolución no identifica de forma verificable y cuantificable el riesgo de concentración en el mercado de acceso residencial a internet, además señala erróneamente que los usuarios de la empresa CABLE VISIÓN son del Grupo ICE, indica que existen barreras de entrada en el mercado de acceso residencial de internet y a la vez señala de manera equivocada que ese mercado puede ser atendido por redes alámbricas y redes inalámbricas (fijas y móviles), siendo que los servicios brindados por ambas redes son sustitutos.

3.2. "Resuelve B ii". Aprobación de promociones y/ o paquetes

El CONSEJO de la SUTEL dispone que el ICE y CABLE VISIÓN deben someter a aprobación del Regulador aquellas promociones y/ o paquetes que incluyan el servicio de televisión por cable. Se indica que el establecimiento de dicha obligación para el ICE y CABLE VISIÓN contraviene 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, publicada en el Alcance N° 40 a La Gaceta N° 66 del 2 de abril de 2012, así como los principios de no discriminación y competencia efectiva.

Se solicita la revocatoria de dicho resuelve o bien su adecuación en términos de lo dispuesto por el propio Regulador en la Circular 01-2012.

3.3. "Resuelve B iv". Sistema de información de infraestructura esencial

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

El CONSEJO de la SUTEL establece como obligación al ICE mantener a disposición del mercado un sistema de información con datos referentes a la cantidad de postes, ductos y demás infraestructura esencial, así como el grado de utilización de dichos postes y ductos, otorgando un plazo de 6 meses para implementar dicho sistema.

Se solicita se revoque dicho Resuelve, en cuanto a la obligación de establecer el referido sistema de información en el plazo de 6 meses, en razón de que el ICE ya cuenta con mecanismos adecuados para tales efectos.

3.4. "Resuelve B vi". Presentación anual de informes sobre acciones ejecutadas en materia de concentración

Dado que la adquisición presentada por el ICE no representa una concentración, y el ICE estaría incursionando en un negocio que no es regulado en este mercado, por lo que este requerimiento se considera desmedido e innecesario. A pesar de lo anterior, si ese Ente ha estimado la necesidad de regular y establecer un control sobre el mercado de TV paga y exigir información sobre la operación a todos los operadores y proveedores participantes en este negocio, el ICE asegura que podrá hacer evidente las eficiencias operativas alcanzadas.

Por lo anterior, se solicita se revoque dicho Resuelve, en cuanto a la obligación de establecer estudios de concentración en forma anual, sobre un mercado no regulado del cual el ICE es una más de las empresas que participan en dicho mercado.

3.5. "Resuelve B vii". Suspensión de cláusulas de penalización por terminación anticipada del contrato de servicios.

En dicho Resuelve la SUTEL establece la obligación de que CABLE VISION suspenda en todos los contratos de sus usuarios vigentes a la fecha de la realización de la operación de concentración, cualquier tipo de cláusula que penalice la terminación anticipada de tales contratos, con el fin de que aquellos usuarios que deseen rescindirlos puedan hacerlo.

La Comisión para Promover de la Competencia (COPROCOM) no recomendó por se la eliminación de este tipo de cláusulas. En este sentido el propio artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones, permite pactar cláusulas contractuales relativas a permanencia mínima. Así las cosas, si el CONSEJO de la SUTEL no comparte el criterio externado por COPROCOM en cuanto a este punto, de conformidad con el artículo 55 de la Ley N° 8642 deberá indicar las razones por las cuales decide apartarse del mismo.

Al ser omisa la resolución aquí recurrida sobre este particular, la misma resulta arbitraria, por lo que esta Representación solicita la revocatoria del presente Resuelve, sobre todo tratándose de contratos para la prestación de servicios no regulados y en tutela de los principios de no discriminación y competencia efectiva en relación con sus competidores.

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

3.6. "Resuelve B viii". Homologación de contratos

En este Resuelve el CONSEJO de la SUTEL dispone como obligación para CABLE VISION la remisión de los contratos de usuario final para su homologación, en el plazo de 10 días hábiles.

Debido a que el servicio de CATV es un servicio no regulado, el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones no establece el requisito de homologación de este tipo de contratos, careciendo de sustento jurídico esta exigencia, por lo cual se solicita la revocatoria del presente Resuelve, pues de mantenerse, de acuerdo con los principios de no discriminación y competencia efectiva deberá exigirse esta condición a los demás competidores.

3.7. "Resuelve B ix". Prohibición para la adquisición a futuro de otras compañías proveedoras del servicio de televisión por suscripción

En este Resuelve, el CONSEJO de la SUTEL establece para el ICE la prohibición de participar directa o indirectamente, por sí mismo o por medio de empresas relacionadas, en la adquisición o propiedad de compañías proveedoras del servicio de televisión por suscripción.

Al respecto el legislador, con el propósito de que el ICE compitiera en condiciones no discriminatorias con los demás operadores y proveedores, le otorgó en la Ley N° 8660 una serie de instrumentos comerciales, establecidos particularmente en los artículos 8, 9 y 10, autorizándolo a suscribir alianzas estratégicas dentro o fuera del país, o cualquier otra forma de asociación empresarial que promueva su competitividad conforme a la dinámica comercial del mercado de telecomunicaciones.

Esta posición se refuerza con la justificación de que las telecomunicaciones se desarrollan en un entorno muy dinámico, donde las condiciones del mercado puedan variar rápidamente, por lo que imponer condiciones restrictivas para realizar otras adquisiciones en forma ex-ante a una empresa, puede dejar de lado valoraciones importantes que pueden afectar no sólo a dicha empresa, sino al mercado en competencia e inclusive a usuarios potenciales que requieren siempre una mejora en los servicios.

En virtud de lo anterior, se solicita se revoque y, por ende, se tenga por no puesta esta obligación.

3.8. "Resuelve D". Comunicación de decisión de devolución de espectro al Poder Ejecutivo

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

El CONSEJO de la SUTEL resuelve notificar a los solicitantes y comunicar la presente decisión al Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, siendo que la competencia exclusiva y por reserva de ley para rescatar frecuencias del espectro radioeléctrico reside en el Poder Ejecutivo, para lo cual deberá llevar a cabo, de previo, el respectivo procedimiento, el cual no tiene conexidad alguna con la presente solicitud de autorización de concentración.

Por lo tanto, en virtud del principio de legalidad y de reserva de ley, la SUTEL se encuentra inhibida para adoptar este tipo de decisiones, que en definitiva exceden las funciones otorgadas por el Poder Legislativo, a través de la Ley N° 8660, motivo por el cual se solicita revocar parcialmente este Resuelve.

3.9. Petitoria

Se solicita se acoja por parte del CONSEJO de la SUTEL el Recurso de Reposición, revocando parcialmente la resolución RCS-291-2012 de las 9: 00 horas del 03 de octubre de 2012 en cuanto a los extremos impugnados.

De manera subsidiaria, en el caso de que dicha Autoridad Administrativa no acoja la totalidad de los extremos recurridos, se solicita se tramite de manera subsidiaria el Recurso de Apelación ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 350. 1 en concordancia con los artículos 102, incisos b) y d) de la Ley General de la Administración Pública N° 6227 y 45 inciso d) y 59 de la Ley de la ARESEP.

4. Que mediante el oficio 4549-SUTEL-2012 del 1 de noviembre del 2012, se rindió el informe indicado en el artículo 356 de la Ley General de la Administración Pública.
5. Que en el presente procedimiento se han observado las prescripciones de ley, y

CONSIDERANDO

1. NATURALEZA DEL RECURSO

Los recursos presentados son los ordinarios de revocatoria o reposición y apelación, a los cuales de conformidad con el artículo 4 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 (en adelante, LGT) se le aplican los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), por ser el capítulo relativo a los recursos ordinarios.

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

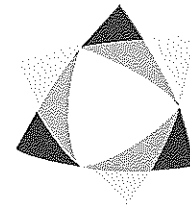
En materia de recursos la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N° 7593 es clara al indicar en el artículo 53 inciso o) y en el artículo 73 que las resoluciones del Consejo tienen recursos de reconsideración o de reposición, y que sólo si versan sobre tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones tienen recurso de apelación ante la Junta Directiva de la ARESEP. Adicionalmente, dada la desconcentración máxima de acuerdo con el artículo 59 de la Ley N° 7593, en las materias cubiertas por esta desconcentración es improcedente que la Junta Directiva pueda revisar los actos emitidos por el Consejo de la SUTEL en materia de regulación de la competencia sectorial atribuidos a la SUTEL de conformidad con los artículos 52 y 56 de la LGT.

El artículo 59 de la Ley N° 7593 dispone que le corresponde a la SUTEL regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones. De este modo, el artículo 52 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que a la SUTEL le corresponden una serie de objetivos en materia de competencia del sector telecomunicaciones, y el artículo 56 de esa misma ley expresamente señala la competencia para autorizar las concentraciones, sean condicionadas o no, según las condiciones establecidas en el artículo 57 de dicha ley.

Por su parte la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-126-2010 establece:

"Es claro que el ámbito de la desconcentración que disfruta la SUTEL cubre sus competencias en materia de telecomunicaciones. En ese ámbito, la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos tiene una competencia de excepción, de modo que solo participa en la regulación de las telecomunicaciones en los casos que excepcionalmente su Ley Orgánica y la Ley General de Telecomunicaciones señala. Están comprendidos dentro de estos supuestos lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley General de Telecomunicaciones en materia reglamentaria, norma a la cual nos referimos en el dictamen N° C-015-2010 de 19 de enero de 2010. Cabe agregar como competencia de la Junta Directiva, la resolución de los recursos contra la fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones realizada por la SUTEL, artículo 53, inciso o de la Ley 7593, la emisión de criterio respecto de la propuesta de normas técnicas que hace SUTEL al Poder Ejecutivo, artículo 73, inciso r de la citada Ley 7593.

Más allá de las competencias específicas reconocidas por la Ley a la Autoridad Reguladora, los órganos de este ente distintos de la SUTEL se ven imposibilitados de tomar decisiones respecto de la regulación de las telecomunicaciones. Por lo que fuera de esas excepciones, es la Superintendencia el órgano de la ARESEP competente en materia de regulación de las telecomunicaciones, competencia que comprende la aplicación del ordenamiento correspondiente y el ejercicio de la supervisión y vigilancia en el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas que lo integran y en su caso, la potestad sancionatoria sobre los agentes del mercado de telecomunicaciones, así como la imposición de obligaciones a los operadores de



04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

redes y proveedores de servicios y la protección de los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones."

En relación con la posibilidad de cualquier órgano de la ARESEP de revisar los actos de la SUTEL en materia de autorización de concentraciones dentro del régimen de competencia sectorial de las telecomunicaciones, la misma Procuraduría respecto de la independencia de este órgano regulador en virtud de su desconcentración máxima, señala:

"2) La desconcentración máxima garantiza independencia funcional a SUTEL e impide a la ARESEP revisar o sustituir lo actuado por ese órgano en materia de telecomunicaciones o bien, avocar esa competencia o impartirle órdenes, instrucciones o circulares sobre el ejercicio de la competencia. Sencillamente, la desconcentración significa que a la ARESEP se le han cercenado las potestades contralora, revisora (salvo lo relativo a la fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones) y de mando.

En definitiva, es contundente que el acto recurrido, tratándose de una competencia exclusiva de la SUTEL, contra él solo cabe el recurso de reposición, y por consiguiente, es improcedente el recurso de apelación en alzada ante un superior jerárquico; ergo debe rechazarse este recurso de plano por inadmisibile.

No obstante, en puridad técnica el órgano llamado a declarar la improcedencia del recurso de apelación y rechazar de plano su inadmisibilidad, es quien en debe conocer en alzada los recursos de apelación, cuando correspondan. En este sentido, debe darse traslado a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, del conocimiento del recurso de apelación para que se pronuncie sobre lo que en derecho corresponda, sobre este particular.

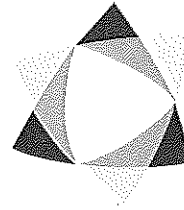
2. LEGITIMACIÓN

El ICE se encuentra legitimado para plantear el recurso de reposición correspondiente, toda vez que es Parte en el respectivo procedimiento administrativo, sobre ella recae el acto final y es además, destinataria de los efectos de la autorización de concentración dictada mediante la resolución recurrida.

3. REPRESENTACIÓN

El escrito de la interposición de los recursos fue presentado y firmado por el señor Claudio Bermúdez Aquart, cédula de identidad número 1-0609-0234, en su condición de Gerente de Telecomunicaciones con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del ICE cédula jurídica número 4-000-042139, con base en una certificación notarial visible al folio 763.

4. TEMPORALIDAD DEL RECURSO



04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

La resolución recurrida fue emitida el día 03 de octubre del 2012 y debidamente notificada vía fax en el lugar señalado por el ICE el día 10 de octubre del 2012 y los recursos fueron interpuestos el día 16 de octubre del año en curso.

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 General de la Administración Pública (LGAP) y lo estipulado en el Capítulo I, del Título III, del Libro II de la Ley General de la Administración Pública, y supletoriamente de la Ley de Notificaciones Judiciales, Ley 8687, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal establecido.

5. SOBRE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO

5.1. "Resuelve A I". Condición previa a la aprobación de la autorización

Indica el recurrente que por reserva de ley es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo rescatar frecuencias de espectro radioeléctrico siguiendo el procedimiento establecido, por lo que la SUTEL está inhibida de adoptar este tipo de decisiones.

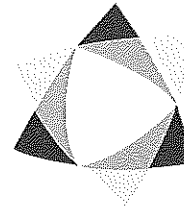
Este argumento no es de recibo como vicio del acto recurrido por cuanto no se está ante un procedimiento de reasignación y rescate de frecuencias, conforme a los términos establecidos en el artículo 11 del Reglamento a la Ley N° 8642 en relación con el artículo 21 de la Ley N° 8642.

La condición impuesta obedece a las facultades que tiene la SUTEL para autorizar una concentración e imponer condiciones al tenor de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley N° 8642 y supletoriamente en el artículo 16 de la Ley N° 7472, por lo que la SUTEL no está inhibida para imponer condiciones previas o posteriores a la realización de la concentración. La SUTEL impone condiciones con el fin de superar los obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva, conforme lo dispone el artículo 28 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones.

Sobre las concentraciones el artículo 56 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que la resolución de la SUTEL deberá indicar si autoriza o no la concentración y si la autoriza con alguna de las condiciones referidas en el artículo 57, el cual indica:

"Al autorizar una concentración, la SUTEL podrá imponer al operador o proveedor algunas de las siguientes condiciones:

- a) *La cesión, el traspaso o la venta de uno o más de sus activos, derechos o acciones mediante el procedimiento de oferta pública que se determine reglamentariamente.*
- b) *La separación o escisión del operador o proveedor.*



04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

- c) *La limitación o la restricción de prestar servicios determinados de telecomunicaciones o la limitación del ámbito geográfico en que estos puedan ser prestados.*
- d) *La limitación o la restricción para adquirir nuevas concesiones o autorizaciones, de conformidad con esta Ley.*
- e) *La introducción, eliminación o modificación de alguna de las cláusulas de los contratos suscritos por el operador o proveedor relacionados con la operación de redes o la prestación de servicios de telecomunicaciones.*
Estas condiciones podrán aplicarse por el plazo máximo otorgado al operador o proveedor en la concesión o autorización."

Sobre los compromisos aplicables la Comisión Europea¹ estableció que los compromisos se describen por lo general como "soluciones", ya que su objetivo es eliminar los problemas de competencia detectados y establecer los principios generales que deben ser tomados en consideración a la hora de adoptar una solución.

En este orden el autor Massimo Motta² ha indicado que en materia de imposición de condiciones no todos los remedios son aplicables a todos los casos de concentración, en virtud del objeto de la concentración y las características de cada mercado.

En ese sentido es claro que ante una realidad concreta la SUTEL tiene una amplia gama de condiciones a escoger con el fin de resguardar de la mejor forma posible la competencia efectiva, siendo que para seleccionar las condiciones a imponer en un caso particular debe tomar en consideración las particularidades que cada mercado en estudio reviste, en miras de adoptar una medida adecuada para contrarrestar los efectos anticompetitivos de una concentración.

En cuanto a los alcances del artículo 57 de la Ley N° 8642 es particularmente relevante señalar que la SUTEL tiene discrecionalidad en la elección de las posibles condiciones a imponer con el fin de eliminar o minimizar en un alto grado los riesgos que se detectan en la operación de concentración sometida a autorización, y de esta forma lograr al máximo la satisfacción del interés público, que en el caso concreto es promover y resguardar la competencia efectiva.

Es particularmente relevante analizar el alcance del inciso a) del artículo 57 de la Ley N° 8642 el cual dispone que la SUTEL puede imponer "[l]a cesión, el traspaso o la venta de uno o más de sus activos, derechos o acciones mediante el procedimiento de oferta pública que se determine reglamentariamente", en lo que respecta a si la SUTEL puede imponer como condición la renuncia del espectro radioeléctrico.

¹ Comisión Europea. (2008). Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión. Diario Oficial de la Unión Europea 22.10.2008, C 267/01.

² Motta, M. (2004). *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press. 2004. Págs. 265 – 266.

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

La Constitución Política en su artículo 121 inciso 14) sub inciso c) indica que no podrán salir definitivamente del dominio del Estado los servicios inalámbricos, tras la cual se ha dicho está el espectro electromagnético³ y para su explotación se requiere de concesión especial aprobada por ley o bien concesión otorgada con arreglo a las condiciones y estipulaciones establecidas por ley.

Sobre la concesión el autor Ernesto Jinesta Lobo señala que *"la concesión es el acto por el cual la administración pública le transfiere a otro sujeto de derecho –normalmente, un sujeto de derecho privado, sea persona física o jurídica- un poder o derecho propio o no que el segundo no tenía antes. La concesión confiere un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, precisamente, su característica esencial estriba en ser un acto administrativo creador de derechos"*⁴

Es decir, que el objeto de la concesión es una situación jurídica o un derecho, en el caso del espectro radioeléctrico lo que se concede es el derecho de uso y explotación del espectro radioeléctrico, cuya propiedad es del Estado.

El citado autor explica que existen dos tipos de concesiones: *"a) las constitutivas, que son aquellas por las cuales la administración pública constituye en los administrados nuevos derechos derivados del ordenamiento jurídico y que se forman ex novo (v.gr. concesiones especiales de dominio público como la explotación y aprovechamientos de las aguas de un río por una empresa para efectos de riego o la concesión sobre el área de uso restringido de la zona marítimo terrestre) y b) las traslativas, en las que el derecho del concesionario nace como consecuencia directa e inmediata del traspaso de poder propios del concedente (v.gr. concesiones de servicio público y de obra pública)"*.

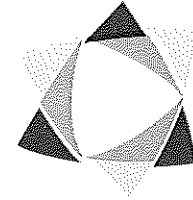
Algunos autores al referirse al uso del dominio público, establecen una diferencia en el tipo de uso según el sujeto que lo usa, por eso diferencian entre uso del dominio público por particulares o por la Administración. En este sentido el autor Esteve Pardo reseña que en el uso del dominio público por particulares puede distinguirse tres tipos de uso: a) uso común general; b) uso común especial, y c) uso privativo. Para lo que interesa en este análisis el uso del espectro electromagnético consiste en uso común especial, el cual *"[e]s un uso común, acorde por tanto con la naturaleza del bien, pero que se singulariza frente al uso común general por concurrir en él una de estas dos circunstancias: a) la intensidad y b) la peligrosidad."*⁵

La doctrina es conteste al señalar que lo que se concede es un derecho sobre un bien demanial sobre el cual no se tienen disposición total, sobre esto el autor Esteve Pardo señala que *"los bienes de dominio público están ciertamente fuera del comercio, pero el uso que se haga de esos bienes sí que es susceptible de ser objeto de un tráfico jurídico que puede ser muy intenso y cabe que se constituyan derechos de uso que pueden perfectamente transmitirse, enajenarse,*

³ Ver los dictámenes de la Procuraduría General de la República números N- 031-90 del 5 de febrero de 1990 y C-231-97 del 5 de diciembre de 1997.

⁴ Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I Parte General*. 2ª Edición ampliada y corregida. Editorial Jurídica Continental, 2009. pág. 605

⁵ Esteve, J. (2011). *Lecciones de Derecho administrativo*. Marcial Pons, pág. 525.



04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

hipotecarse incluso, como cualquier otro derecho con valor patrimonial. Entiéndase bien entonces: es el derecho de uso, no el bien de dominio público sobre el que recae, el que constituye el objeto de tráfico. El derecho de uso es transmisible, el bien no".⁶

Como bien lo explica Esteve Pardo "el bien de dominio público es un bien extra commercium; pero el derecho de uso que sobre ese bien se constituye no sólo es objeto de tráfico jurídico, sino entra de lleno en el mercado".⁷

En suma, el derecho de uso y explotación de un bien demanial como el de frecuencias del espectro, es de naturaleza patrimonial, es decir, es un bien (intangibles) que entra al patrimonio de una persona, y es cuantificable económicamente, además de constituir un bien necesario como elemento esencial de las redes inalámbricas, lo cual es más que imprescindible para la operación de estas redes y la prestación de servicios inalámbricos de telecomunicaciones.

Así las cosas, después de aclarar que el objeto de la concesión, es el derecho de uso y explotación del espectro radioeléctrico, y su naturaleza patrimonial se puede concluir que el artículo 57 inciso a) de la Ley N° 8642 permite imponer como condición de autorización de una concentración el traspaso del derecho de uso y explotación del espectro radioeléctrico al Estado.

En este sentido, dentro la competencia que tiene el Consejo de la SUTEL de imponer la condición recurrida, se ha valorado dentro del objeto de este recurso que la concentración de espectro y los riesgos que atañen a esta se derivan de una situación legada previa a la operación de concentración sometida a autorización y por tanto debe ser tratada y resuelta de forma separada en otra instancia, razón por la cual se elimina dicha condición en forma previa para la aprobación de la concentración entre el Grupo ICE y Cable Visión.

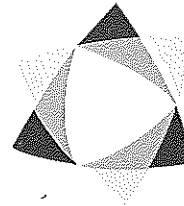
5.2. "Resuelve B". Obligaciones a posteriori

El recurrente indica que en el Resuelve B de la resolución de marras el CONSEJO de la SUTEL dispone una serie de obligaciones a posteriori que deben cumplir el ICE y CABLE VISIÓN, las cuales a todas luces resultan violatorias de los principios de no discriminación y competencia efectiva establecidos en el artículo 3 de la Ley N° 8642.

Antes de analizar las impugnaciones planteadas por el ICE a la RCS-291-2012 en materia de las obligaciones a posteriori impuestas por el Consejo de la SUTEL en dicha resolución, se considera pertinente explicar la fundamentación técnica y jurídica que respalda la imposición de condiciones por parte de un organismo regulador en el marco de una autorización de concentración.

⁶ *Ibidem* págs. 519-520.

⁷ *Ibidem*.



04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

En ese sentido destaca el artículo 57 de la Ley N° 8642 que la SUTEL al emitir la resolución que resuelve una solicitud de autorización de concentración deberá indicar si autoriza o no la concentración y si la autoriza con alguna condición, indicando el contenido y el plazo de dichas condiciones, así es claro que la SUTEL tiene competencia para imponer a los operadores o proveedores que pretenden concentrarse una o varias condiciones al aprobar una determinada solicitud de autorización de concentración.

El objetivo del regulador o de la autoridad de competencia al imponer condiciones a una operación de concentración es evitar que la concentración pueda disminuir, dañar o impedir la competencia o libre concurrencia, es decir las condiciones impuestas se convierten en un garante de que la operación autorizada no afectará la competencia del mercado.

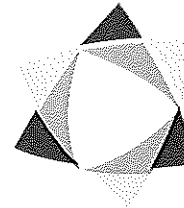
El establecimiento de condiciones se hace a partir de la identificación de una serie de riesgos que podrían afectar el nivel de competencia del mercado y que son originados directamente de la concentración que se pretende llevar a cabo. En ese sentido reconoce la Reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley N° 9072) que la imposición de condiciones para la autorización de una concentración tiene el fin de reducir o contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos detectados.

Es importante mencionar que el Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones reconoce que en caso de que una concentración plantee problemas o pueda obstaculizar el nivel de competencia efectiva del mercado, en particular a consecuencia de la creación o consolidación de una posición de dominio, existen dos mecanismos para eliminar dichos problemas, uno se refiere al establecimiento de condiciones a la autorización de concentración, conforme lo descrito de previo, mientras que el otro mecanismo se refiere a la presentación de compromisos por parte de los operadores o proveedores notificantes, estos compromisos pueden presentarse por iniciativa propia o a instancia de la SUTEL, conforme lo establecido en el artículo 28 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones.

En razón de lo anterior, la Dirección General de Mercados (DGM) mediante oficio 2217-SUTEL-DGM-2012 (visible a los folios 536 al 541) la requirió al ICE referirse a una serie de puntos, manifestando compromisos en los términos definidos en el citado artículo 28 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, que permitieran eliminar los riesgos detectados producto de la concentración. Sin embargo, el Grupo ICE no presentó ante esta Superintendencia ningún tipo de compromiso específico, más allá de referirse al hecho de que continuaría cumplimiento de la legislación vigente.

Así lo propuesto por el Grupo ICE no se puede tomar en cuenta como un compromiso aceptable que resuelve los riesgos detectados por la SUTEL producto de la concentración, en ese sentido destaca lo indicado por la Comisión Europea⁸ respecto a que los compromisos presentados sólo podrán ser aceptados si eliminan enteramente los problemas de competencia, además de que

⁸ Comisión Europea. (2008). *Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión*. Diario Oficial de la Unión Europea 22.10.2008, C 267/1.



04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

deben de ser completos y efectivos desde todos los puntos de vista y deben poder ser ejecutados de manera efectiva en un breve plazo.

Considerando primero, los riesgos detectados y segundo el incremento en la posición de dominio del Grupo ICE en el mercado de acceso residencial internet que es consecuencia de la concentración, la SUTEL procedió a imponer al ICE y a CABLE VISIÓN una serie de condiciones tendientes a evitar que la concentración de ambas empresas deviniera en un obstáculo para la competencia del mercado, garantizando de esta manera el cumplimiento del principio de competencia efectiva, definido en los artículos 2 inciso e) y 52 inciso a) de la Ley N° 8642,.

Una vez definido lo anterior, se procede a analizar la naturaleza de las objeciones presentadas por el ICE a las condiciones establecidas por el CONSEJO de la SUTEL en la RCS-291-2012.

5.2.1. "Resuelve B ii". Aprobación de promociones y/ o paquetes

El establecimiento de una determinada condición en un procedimiento de autorización de concentración debe analizarse a la luz de varios factores, primero que esta debe obedecer a la identificación de un riesgo específico para el nivel de competencia del mercado; segundo, que debe estar vinculada a la corrección del riesgo detectado; y tercero que debe ser proporcional al riesgo detectado.

En ese sentido, primero debe valorarse la condición impuesta a la luz de los riesgos detectados por la SUTEL en materia de empaquetamiento de servicios, así la resolución número RCS-291-2012 indicó lo siguiente:

"En lo que respecta al comportamiento reciente de las empresas que pretenden fusionarse, un primer elemento a tomar en cuenta se refiere a la promoción lanzada para el período 01 de mayo 2012 al 31 de julio de 2012 en conjunto por las empresas Radiográfica Costarricense S.A. y CABLE VISIÓN, en la cual se ofrecía un paquete para la adquisición de los servicios de Internet y televisión por suscripción, resultando que el precio de dicho paquete se ubicaba muy por debajo del precio individual de cada uno de los servicios ofrecidos.

Si bien dicha promoción operó durante un tiempo determinado y no ha vuelto a repetirse, existió la preocupación en su momento de agentes que operan en el mercado del Doble Play (acceso a Internet y televisión por cable) por el hecho de que dicha promoción pudiera extenderse por plazos anticompetitivos. En razón de lo anterior se considera importante garantizar que el Grupo ICE a futuro no emplee su posición de dominio para apalancar la ejecución de estrategias comerciales contrarias a la competencia que estén dirigidas al desplazamiento anticompetitivo de otros agentes del mercado.

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

Por lo anterior, es importante garantizar que las políticas de empaquetamiento (doble play y triple play) que eventualmente desarrolle el Grupo ICE como producto de la presente operación de concentración no representen un impedimento a la competencia y al crecimiento del mercado...”.

Es decir, encuentra la SUTEL en su análisis que existe un riesgo de que el Grupo ICE emplee su posición de dominio para apalancar el establecimiento de conductas contrarias a la competencia mediante el empaquetamiento de servicios, dicha presunción es respaldada con evidencia de la conducta reciente del Grupo ICE, la cual inclusive fue motivo de preocupación por parte de agentes que operan en el mercado relevante afectado por la concentración entre el Grupo ICE y CABLE VISIÓN.

Segundo, en virtud del riesgo detectado y con el objetivo de evitar que este riesgo eventualmente se concrete como un obstáculo para la competencia del mercado, es que la SUTEL le impone al Grupo ICE la condición de remitir para su respectiva autorización las promociones y/o paquetes que incluyan el servicio de televisión por suscripción.

Tercero, la medida impuesta por SUTEL no abarca servicios que no sean consecuencia directa de la operación de concentración autorizada, es decir, no se le obliga al Grupo ICE someter a autorización todos sus paquetes y promociones, sino como se indicó de previo solamente aquellos que incluyen el servicio de televisión por suscripción vía cable módem, el cual el Grupo ICE estaría adquiriendo como consecuencia directa de la operación de compra de CABLE VISIÓN.

En virtud de lo anterior se concluye que la condición impuesta al Grupo ICE no sólo obedece a un riesgo real detectado, sino que pretende evitar el desarrollo de efectos contrarios a la competencia, es decir, es una medida que va en pro de la competencia efectiva del mercado.

En lo que respecta a adecuar la condición a lo indicado en la Circular 01-2012, publicada en el Alcance N° 40 a La Gaceta N° 66 del 2 de abril de 2012, vale analizar el objeto de la misma el cual se refiere a “*la recopilación de información relativa a las ofertas comerciales brindadas por todos los operadores y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones dirigidas a los usuarios finales, exceptuando las realizadas en el mercado mayorista en su totalidad y en el mercado minorista por los Cafés Internet*”.

En ese sentido destaca que la citada circular es una medida de carácter general que aplica a todos los proveedores de servicios de telecomunicaciones del mercado, que no tiene por objeto regular un fallo de mercado específico, sino que sólo pretende otorgarle al regulador los mecanismos que le permitan contar con datos actualizados que faciliten el monitorio del mercado, por lo cual no logra eliminar por sí misma el riesgo detectado por la SUTEL en la operación de concentración analizada.

Adicionalmente vale aclarar que lo pretendido por el recurrente de levantar la condición interpuesta o bien adecuar esta a lo definido en la Circular 01-2012 no puede ser considerado como válido

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

porque no logra resolver el riesgo identificado por la SUTEL lo que deja al nivel de competencia del mercado en una situación de vulnerabilidad.

Finalmente en lo que respecta al hecho de que la condición atenta contra los principios de competencia efectiva y no discriminación, definidos en el artículo 3 incisos f) y g) de la Ley N° 8642, que indican lo siguiente:

"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.

g) No discriminación: trato no menos favorable al otorgado a cualquier otro operador, proveedor o usuario, público o privado, de un servicio de telecomunicaciones similar o igual" (lo destacado es intencional).

En virtud de lo anterior resulta evidente que más bien las condiciones impuestas por SUTEL buscan garantizar el principio de competencia efectiva del mercado, al evitar que como consecuencia del incremento en el poder de mercado que adquiere el Grupo ICE como consecuencia de la concentración, el ICE o sus empresas conexas aprovechen este incremento en su posición de dominio para desarrollar conductas contrarias a la competencia que puedan afectar a los restantes operadores del mercado, al nivel de competencia de éste o a los consumidores.

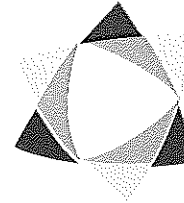
En lo que respecta al principio de no discriminación, se debe considerar que la condición impuesta, como se indicó de previo, no se hace sobre una base general sino específica, lo que implica que esta no se convierte en una acción discriminatoria contra el Grupo ICE, ya que la misma no fue establecida de manera unilateral por la SUTEL sin un causal aparente, sino que obedece a un motivo particular de naturaleza también específica, la autorización de concentración, siendo adicionalmente que el establecimiento de condiciones particulares específicas de cumplimiento obligatorio por parte de operadores o proveedores que pretenden concentrarse es un elemento que se encuentra establecido en el artículo 57 de la Ley N° 8642.

En ese sentido debe considerarse también que la SUTEL ha reconocido que el principio de no discriminación de la Ley N° 8642 sólo aplica entre iguales⁹, resultando que la situación particular sobre la que se imponen las condiciones implica que no se está ante una situación de igualdad.

También debe tenerse en cuenta lo manifestado al respecto en la jurisprudencia de la Corte Plena en su sesión extraordinaria del 28 de junio de 1984 donde se ha indicado lo siguiente:

"Igualdad ante la Ley significa solo igual trato en condiciones iguales, pues resultaría contrario a ese principio aplicar una misma medida en condiciones diferentes. Pero debe

⁹ Decreto Ejecutivo N° 35866-MINAET, publicado en La Gaceta N° 78 del 23 de abril de 2010.



04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

hacerse hincapié en que no toda diferencia constituye causa legítima para establecer un distinto trato, menos aún sin restricción alguna, pues la diferencia puede referirse a aspectos irrelevantes, que no afectan la medular del caso, además de que el quebranto constitucional también podría producirse por exceso, es decir, cuando se adoptan medidas exorbitadas en relación a las diferencias que pudieran justificar algún distinto trato" (lo destacado es intencional).

En virtud de lo anterior se considera que no lleva razón el recurrente al solicitar la suspensión o modificación en los términos de lo establecido en la Circular 01-2012 de la condición impuesta por la SUTEL en la RCS-291-2012 en materia de someter a aprobación los paquetes o promociones que incluyan el servicio de televisión por suscripción.

Sin embargo, se aclara que lo solicitado por SUTEL sólo aplica para aquellos paquetes que incluyan el servicio de televisión por suscripción en conjunto con otro u otros servicios de telecomunicaciones y no para promociones individuales del servicio de televisión por suscripción.

Adicionalmente se aclara que dicha obligación entrará a regir a partir del momento que la SUTEL dicte los lineamientos a los que se refiere la parte dispositiva B ii de la RCS-291-2012

Finalmente, pese a que no es un punto alegado por el recurrente, se encuentra que la resolución RCS-291-2012 omite indicar el plazo para el cual regirá la aplicación de esta condición, siendo que el artículo 56 de la Ley N° 8642 indica que las condiciones establecidas para la aprobación de una condición deben especificar el contenido y el plazo de las mismas. En razón de lo anterior y considerando el plazo establecido en la resolución RCS-291-2012 para la demostración de las eficiencias producto de la concentración autorizada, se considera pertinente establecer un plazo de cinco años durante el cual se mantendrá vigente la condición impuesta en el Resuelve B ii de la RCS-291-2012.

5.2.2. "Resuelve B iv". Sistema de información de infraestructura esencial

En materia de acceso a infraestructura esencial encuentra la SUTEL que existen una serie de riesgos producto de la operación de concentración derivados principalmente de la incursión del Grupo ICE en un negocio minorista que requiere para su desarrollo de infraestructura del Grupo ICE, estos riesgos fueron enunciados en la RCS-291-2012:

"Actualmente las empresas proveedoras del servicio de televisión por suscripción carecen de infraestructura de postes, la cual es imprescindible para el despliegue de redes de cable coaxial y fibra óptica, razón por la cual deben alquilar la misma a las empresas que cuentan con una red desplegada en las zonas en las que desean ofrecer sus servicios.

Como se muestra en la tabla anterior el Grupo ICE posee un 89% de la red de postes desplegada en el mercado relevante afectado por la operación analizada, por esta razón y por el hecho de que el Grupo ICE reforzaría el nivel de competencia con las empresas de

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

televisión por suscripción a través de su incursión en servicios de este tipo a través de redes HFC, es importante evitar que a futuro se den restricciones a la competencia en el mercado a nivel de acceso a infraestructura esencial, en ese sentido resulta necesario implementar una serie de medidas que eviten que la posible incursión del Grupo ICE en el mercado de televisión por suscripción (vía redes de cable coaxial) se convierta en una barrera de entrada para los proveedores que operan actualmente en dicho mercado.

Así se debe evitar que el ICE aproveche el dominio que tiene de sus instalaciones esenciales para bloquear o impedir el acceso de otros agentes del mercado. Adicionalmente se debe garantizar que el ICE respete el principio de no discriminación definido en el artículo 3 inciso g) de la Ley N° 8642" (lo destacado es intencional).

En ese mismo sentido la COPROCOM en su Opinión OP-10-12 también detecta que la concentración entre el Grupo ICE y CABLE VISIÓN trae aparejados una serie de riesgos en materia de acceso a infraestructura esencial:

"Igualmente, genera preocupación que el ICE como propietario de gran cantidad de instalaciones esenciales y recursos escasos (redes de postes, ductos, torres y otras redes), pueda tener ahora mayores incentivos para obstaculizar el acceso a nuevos competidores. Esto podría realizarlo a través de una denegatoria injustificada, un aumento en las tarifas de acceso a las distintas redes de su propiedad, o a la limitación del número de empresas a las que brinda ese acceso.

Si bien existen regulaciones específicas para el acceso a instalaciones de esta naturaleza y medidas concretas que SUTEL podría tomar en caso de que esto ocurra, resulta recomendable establecer condiciones a la fusión con el fin de asegurar que el Grupo ICE no obstaculice el acceso de otros operadores de servicios a las facilidades esenciales de su propiedad" (lo destacado es intencional).

Lo anterior evidencia que tanto el regulador sectorial como el organismo especializado en competencia encuentran que existen riesgos derivados de la concentración entre el Grupo ICE y CABLE VISIÓN que podrían devenir en un perjuicio para el acceso de otras empresas al mercado.

En razón de la existencia de dichos riesgos y con el objetivo de evitar que los mismos se materialicen en obstáculos a la competencia, la SUTEL procedió a imponer al Grupo ICE la condición de establecer un sistema de información con datos referentes a la cantidad de postes, ductos y demás infraestructura esencial, para lo cual se otorgó un plazo de seis meses para implementar dicho sistema.

Se considera que dicho sistema se convertiría en un mecanismo adicional de transparencia para el mercado respecto a la disponibilidad de infraestructura de acceso esencial, lo que evitaría que el Grupo ICE ejerza de manera anticompetitiva su dominio en el mercado relevante afectado por la concentración mediante la implementación de estrategias de dilación, denegatoria injustificada,

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

limitación de acceso o aumento injustificado de precios, conforme lo indicado por la COPROCOM. Este sistema vendría a operar como una herramienta de transparencia complementaria a la Oferta de Interconexión por Referencia (OIR) y como se indicó tiene por objeto evitar que la concentración autorizada genere incentivos para que el Grupo ICE aproveche su dominio de infraestructura esencial para obstaculizar el ingreso de nuevos competidores al mercado.

En cuanto lo alegado por el recurrente respecto a que se elimine la obligación de establecer el referido sistema de información en el plazo de seis meses en vista de que actualmente cuenta con mecanismos adecuados para garantizar el acceso a otros operadores, encuentra la SUTEL que a la fecha el único elemento de tal naturaleza con que cuenta el ICE es la OIR, la cual no se encuentra vigente a la fecha por una impugnación en la vía contenciosa administrativa.

Adicionalmente, para valorar la efectividad de los alegados instrumentos con que cuenta el Grupo ICE en materia de acceso resulta pertinente tener en cuenta la conducta que ha venido desarrollando el Grupo ICE en materia de acceso a infraestructura esencial, en ese sentido vale destacar que a la fecha constan en la SUTEL 15 denuncias contra el Grupo ICE (ICE y Compañía Nacional de Fuerza y Luz) por problemas de acceso a infraestructura esencial¹⁰, esto es un reflejo claro de que los mecanismos con que cuenta el Grupo ICE no han sido suficientes para garantizar el acceso a infraestructura esencial a los distintos operadores de televisión por suscripción vía cable módem.

En virtud de lo anterior y en vista de que la concentración autorizada refuerza los incentivos que tiene el Grupo ICE para dificultar el ingreso de las empresas cableras al mercado, se considera que la medida impuesta es pertinente y necesaria para evitar que la concentración obstaculice la competencia del mercado y el acceso de otros operadores a la infraestructura esencial con que cuenta el Grupo ICE.

5.2.3. "Resuelve B vi". Presentación anual de informes sobre acciones ejecutadas en materia de concentración

De la lectura textual de lo indicado por el recurrente se puede desprender que se malinterpreta la condición impuesta, en cuanto se solicita lo siguiente "se revoque el presente Resuelve, en cuanto a la obligación de establecer estudios de concentración de forma anual", en ese sentido lo solicitado por la SUTEL en el Resuelve B iv) indica textualmente lo siguiente:

"Que el ICE y CABLE VISIÓN presenten ante la SUTEL de manera anual en el mes de noviembre de cada año y por un período de cinco (5) años un informe sobre las acciones ejecutadas en materia de esta concentración y la forma en que la misma ha cumplido

¹⁰ Las cuales se tramitan en los siguientes expedientes: OT-2009-027, OT-2010-033, OT-2010-047, OT-2010-048, OT-2010-049, OT-2011-186, OT-2011-187, OT-2011-188, OT-2011-189, OT-2011-190, OT-2011-191, OT-2011-192, OT-2011-193, OT-2011-194 y OT-2012-022.

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

con las eficiencias enunciadas por las partes en el marco de la solicitud de autorización de dicho proceso de concentración, para lo cual debe presentar evidencias cuantificables de los ahorros y beneficios obtenidos por los consumidores que se derivaron producto de la concentración.

En ese sentido simplemente se le está solicitando al Grupo ICE y a CABLE VISIÓN demostrar la forma en que eventualmente se materialicen las eficiencias que las mismas partes indicaron que se producirían producto de la concentración y que constan en el oficio 6160-259-2012 (visible a los folios 542 al 561), a saber:

1. ***“La obtención de ahorros en recursos que permitan, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien al menor costo o a mayor cantidad del bien al mismo costo:***

La adquisición de CABLE VISIÓN posibilitará al ICE centralizar la gestión de contenidos de los proveedores internacionales, apalancando la experiencia de la cablera en esta industria, lo que resultará en considerables ahorros en costos que permitirán precios más competitivos.

2. ***La obtención de menores costos si se producen dos o más bienes de manera conjunta que separadamente:***

Los costos de operación de la plataforma IPTV se verán reducidos al unificar la gestión con la cablera, en comparación a que el ICE administre ambos servicios por separado.

3. ***La disminución significativa de los gastos administrativos:***

La gestión conjunta de las plataformas de IPTV y de la cablera, así como los contenidos, permitirá al ICE disminuir significativamente los gastos administrativos.

4. ***La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado:***

La adquisición de CABLE VISIÓN brindará al ICE un mayor conocimiento del mercado del video entretenimiento y de la industria internacional de contenidos. A su vez la redundancia de plataformas será resultado de la transferencia de tecnología de producción.

5. ***La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura:***

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

Al incorporar la infraestructura de la cablera, así como su experiencia, el ICE podrá disponer de una red de acceso alterna para ofrecer servicios en la GAM, además de disminuir costos de comercialización y de capacitación a su personal”.

Respecto a las eficiencias producto de una concentración ha indicado la Comisión Europea¹¹ que estas *“deben beneficiar a los consumidores, tener un carácter inherente a la concentración y ser verificables”* y es en razón de lo anterior que se considera necesario que el Grupo ICE y CABLE VISIÓN acrediten la forma en que las eficiencias enunciadas se traducen en efectos específicos sobre el mercado y en beneficios particulares a los consumidores.

En ese sentido se considera que no lleva razón el recurrente al indicar que lo solicitado por SUTEL sea “desmedido e innecesario”, no es desmedido porque simplemente se le solicita probar el cumplimiento de los mismos hechos invocados por el recurrente en el proceso de autorización de concentración, y tampoco es innecesario lo solicitado en virtud que la remisión de dichos informes permitirá al regulador contar con información que compruebe los beneficios obtenidos por el mercado y por los usuarios como consecuencia de la concentración autorizada.

5.2.4. “Resuelve B vii”. Suspensión de cláusulas de penalización por terminación anticipada del contrato de servicios.

Indica el recurrente que SUTEL se aparta del criterio emitido por COPROCOM, sin embargo dicho criterio fue emitido en los siguientes términos:

“A la luz de las consideraciones anteriores, se emite criterio favorable respecto a la autorización para la adquisición de CABLE VISIÓN por parte del ICE, y se sugiere a la SUTEL acoger las recomendaciones expuestas en los puntos G y H de las conclusiones” (lo destacado es intencional).

¹¹ Comisión Europea. (2004). *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*. Diarios Oficial de la Unión Europea, 5.2.2001 C 31/5.

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

Así de la simple lectura del criterio emitido por COPROCOM se desprende que la SUTEL no se aparta del criterio emitido por dicho ente, en virtud de lo cual no procede llevar a cabo la justificación a la que se refiere el artículo 55 de la Ley N° 8642.

En lo que respecta a la condición establecida, parece malinterpretar el recurrente lo indicado por la SUTEL en lo referente a la eliminación de las cláusulas de permanencia mínima, en ese sentido el Grupo ICE y CABLE VISIÓN mantienen la posibilidad y el derecho de establecer a futuro cláusulas de permanencia mínima, en los términos establecidos en el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones publicado en La Gaceta N° 72 al 15 de abril de 2010, para todos los servicios disponibles al público que ofrezcan, ya que lo solicitado en la RCS-291-2012 se refiere a la eliminación por una única vez y por un período determinado (que contaría a partir de la compra efectiva de CABLE VISIÓN) de las cláusulas de permanencia mínima establecidas en los contratos suscritos por los usuarios de CABLE VISIÓN en los servicios de televisión por suscripción e internet, esto con el objetivo de que aquellos usuarios que por alguna razón no desean tener como proveedor de servicios al Grupo ICE tengan la posibilidad de rescindir sus contratos ante la operación de concentración autorizada.

En ese sentido se considera que el traslado automático de clientes de la empresa CABLE VISIÓN al Grupo ICE es violatorio de los derechos de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones establecidos en el artículo 45 incisos 2) y 3) de la Ley N° 8642, a saber:

"2) Elegir y cambiar libremente al proveedor de servicio.

3) Autorizar previamente el cambio de proveedor de servicio."

Por lo anterior, todos los usuarios actuales de la empresa CABLE VISIÓN tienen el derecho de autorizar o no el cambio de proveedor de sus servicios de telecomunicaciones, por lo cual para que el ejercicio de dicho derecho pueda surtir efectos reales, se hace necesario que se levanten temporalmente las cláusulas de permanencia mínima que tienen los usuarios de CABLE VISIÓN suscritas en sus contratos para efectos de que aquellos usuarios que no desean continuar su relación contractual con CABLE VISIÓN, producto de los cambios producidos en la estructura de dicha empresa provocada por la concentración autorizada, pueden hacer uso de su derecho de extinguir el contrato suscrito.

En ese mismo sentido destaca el artículo 21 inciso 12) del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones sobre las causas y formas de

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

extinción y renovación del contrato siendo que este se extinguirá por las causas generales de extinción de los contratos y especialmente por voluntad del abonado.

En cualquier caso, las cláusulas de permanencia mínima que se mantengan en los contratos, tal y como lo recomendó COPROCOM en su opinión OP-10-12, deberán limitarse a aquellas asociadas con el subsidio del terminal.

Conforme lo descrito resulta evidente que la condición impuesta por la SUTEL busca garantizar el cumplimiento efectivo de un derecho del usuario final contemplado en la Ley N° 8642, en razón de lo cual se considera que lo procedente es mantener dicha condición. Sin embargo, por la naturaleza general de lo ordenado y considerando que dicha obligación se impone para resguardar un derecho de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones y no para proteger la competencia del mercado, se considera que lo impuesto no corresponde a una condición de la concentración, sino más bien a una obligación derivada de la Ley N° 8642, en virtud de lo cual se considera pertinente modificar esta cláusula y separarla del resto de condiciones impuestas.

5.2.5. "Resuelve B viii". Homologación de contratos

Es obligación de los proveedores de los servicios de telecomunicaciones homologar los contratos de usuario final, esta obligación se encuentra establecida en el artículo 73 inciso o) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley N° 7593) y en el artículo 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones.

En ese sentido conviene extraer de la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-159-2009 de las 15:20 horas del 24 de julio de 2009, en la cual se autorizó a CABLE VISIÓN de Costa Rica CVCR S.A. para prestar servicios de telecomunicaciones, lo siguiente:

"...

- I. *Otorgar Autorización a la empresa **CABLE VISIÓN DE COSTA RICA S.A** cédula jurídica número 3-101-285373 por un período de diez años a partir de la publicación de un extracto de la presente resolución en el Diario oficial La Gaceta, para la prestación de los siguientes servicios de telecomunicaciones disponibles al público:*
 - a. *Acceso a Internet*
 - b. *Voz sobre IP*
 - c. *TV Cable analógico y digital*

...

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

III. *Establecer como condiciones de la autorización las siguientes:*

...

QUINTO. Sobre las obligaciones en particular: sin perjuicio de cualesquiera otras obligaciones impuestas bajo la Ley General de Telecomunicaciones o cualesquiera otras disposiciones legales o reglamentarias, u otras obligaciones contraídas de manera particular, la empresa **CABLE VISIÓN DE COSTA RICA S.A cédula jurídica número 3-101-285373 estará obligada a:**

- t. Solicitar ante la SUTEL, la homologación de los contratos de adhesión que suscriban con sus clientes.

..." (Lo resaltado en negrita corresponde al original, lo subrayado es intencional).

En ese sentido lo que se le solicita a CABLE VISIÓN simplemente es cumplir con las obligaciones legales que de previo tenía establecidas y que ha venido incumpliendo a la fecha, por lo cual la solicitud del recurrente de eliminar la obligación de homologación de contratos de usuario final es improcedente.

5.2.6. "Resuelve B ix". Prohibición para la adquisición a futuro de otras compañías proveedoras del servicio de televisión por suscripción

El recurrente manifiesta que la condición impuesta por la SUTEL es discriminatoria y atenta contra lo establecido en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades del Sector Telecomunicaciones (Ley N° 8660). En lo referente a si la condición es discriminatoria o no debe tenerse en cuenta lo desarrollado de previo en el punto 2.2.1 en cuanto a que las condiciones impuestas en el marco de un proceso de autorización de concentración no pueden considerarse como discriminatorias en vista de que son impuestas por el regulador dentro de un marco específico y son objeto de una situación particular, lo que implica que no se está ante una situación entre iguales.

En lo que respecta a este punto también debe tenerse en cuenta lo manifestado al respecto en la jurisprudencia de la Corte Plena en su sesión extraordinaria del 11 de agosto de 1983 donde se ha indicado lo siguiente:

"El principio de igualdad ante la ley solamente se viola si una ley otorga un trato distinto, sin motivo justificado, a personas que se encuentren en igual situación, o sea que para

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

una misma categoría de personas las regulaciones tiene que ser iguales” (lo destacado es intencional).

Finalmente en lo referente a que dicha condición atenta contra lo establecido en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley N° 8660, primero debe valorarse que los artículos 9 y 10 de la citada Ley se refieren a consultorías y afines (donde se indica que el ICE y sus empresas están autorizados para vender servicios de asesoramiento, consultaría, capacitación y afines) y a prácticas comerciales (donde se indica que el ICE y sus empresas pueden implementar prácticas comerciales usuales en la industria como promociones, patrocinios, entre otras prácticas de mercado y que también pueden implementar las prácticas usuales en el mercado para mantener, capacitar y reclutar personal) respectivamente, por lo cual no tienen relación alguna con la condición impuesta. En lo referente al artículo 8 de la Ley N° 8660 este indica textualmente lo siguiente:

“ARTÍCULO 8.- Asociación empresarial

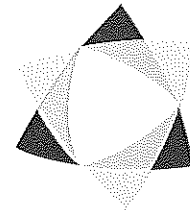
Al ICE y sus empresas, con el propósito de promover su competitividad, se les autoriza para que suscriban alianzas estratégicas, dentro del país y fuera de él, o cualquier otra forma de asociación empresarial con otros entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, que desarrollen actividades de inversión, de capital, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y otras relacionadas con las actividades del ICE y sus empresas. Los términos y las condiciones generales de las alianzas se definirán reglamentariamente.

Las disposiciones del párrafo anterior no deberán afectar los procedimientos de concentración establecidos en la legislación y tendientes a prevenir, controlar y sancionar cualesquiera prácticas o condiciones contrarias a la competencia efectiva” (lo destacado en negrita corresponde al original, lo subrayado es intencional).

En virtud de lo anterior es claro que si bien dicho artículo le da al Grupo ICE la posibilidad de suscribir asociaciones empresariales de diversa naturaleza con otras empresas, no exime al ICE y a sus empresas conexas de someterse a los procedimientos de autorización de concentración definidos en los artículos 56 y 57 de la Ley N° 8642 y en el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones.

En ese sentido define el artículo 57 inciso d) de la Ley N° 8642 que al autorizar una concentración la SUTEL podrá imponer dentro de otras condiciones la siguiente:

“La limitación o la restricción para adquirir nuevas concesiones o autorizaciones, de conformidad con esta Ley”.



04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

De lo anterior se desprende que la condición impuesta por la SUTEL es totalmente válida dentro del ordenamiento jurídico vigente, por lo cual no lleva razón el recurrente al indicar que la misma es discriminatoria y contraria a la legislación.

El segundo elemento a valorar respecto a este tema tiene que ver con la razonabilidad de la condición impuesta en el caso particular. La imposición de esta condición obedece a un riesgo detectado por la SUTEL en materia de la conducta futura que pueda desarrollar el Grupo ICE, el cual queda manifiesto en la RCS-291-2012 donde se detalla lo siguiente:

"Finalmente, la compra de Cable Visión ejemplifica el interés del Grupo ICE por incursionar en el mercado de televisión por suscripción vía redes de cable coaxial, en virtud de esto se debe valorar la estrategia futura del Grupo ICE en lo que respecta al servicio de televisión por suscripción, las redes de cable coaxial y los restantes competidores de dicho mercado.

Si bien la actual concentración no sólo no significa la pérdida de un competidor que haya venido desempeñando una función dinamizadora del mercado, sino que también a pesar de la desaparición de dicho competidor, aún quedan en el mercado otros agentes con mayor participación y potencial de acción en el mercado que puedan disciplinar las acciones del Grupo ICE, es importante evitar que dicha institución desarrolle una estrategia de expansión de su servicio de televisión por suscripción a través de la adquisición de empresas de este tipo.

El Grupo ICE no tiene ningún impedimento legal para el despliegue de redes de telecomunicaciones, entre ellas redes mixtas de cable coaxial y fibra óptica, igualmente cuenta con la infraestructura de acceso necesaria, postes y ductos, para el desarrollo de este tipo de red. Por lo anterior, se considera que la situación deseable para el mercado es que el ICE amplíe la oferta de sus servicios de Doble Play a través del despliegue de redes y no a través de la absorción de competidores pequeños del mercado, los cuales han venido a representar una opción para los consumidores de distintas regiones que por mucho tiempo sólo tuvieron acceso a un único proveedor de este tipo de servicios" (lo destacado corresponde al original).

Así en virtud del riesgo detectado y con el objetivo de evitar que este riesgo eventualmente se concrete como un obstáculo para la competencia del mercado es que la SUTEL le impone al Grupo ICE la condición de no comprar otras empresas proveedoras del servicio de televisión por cable, lo anterior considerando que el mercado nacional del servicio de televisión operan muchas empresas pequeñas que pueden ser fácilmente adquiribles por el Grupo ICE, situación que de materializarse repercutiría negativamente en el nivel de competencia del mercado.

En virtud de lo anterior se considera que la condición impuesta no sólo es razonable, sino que busca evitar que la aprobación de la solicitud de autorización de concentración genere perjuicios para la competencia del mercado.

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

Sin embargo, se estima al igual que lo manifestado por el recurrente que las telecomunicaciones se desarrollan en un entorno muy dinámico, en virtud de lo cual se considera conveniente mantener la condición impuesta siempre y cuando no exista una variación significativa en las condiciones del mercado.

Adicionalmente, respecto a este tema un elemento que no indica el recurrente y respecto del cual es omisa la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-291-2012 se refiere al plazo que rige para la aplicación de esta condición, esto en virtud de lo definido en el artículo 56 de la Ley N° 8642 donde se establece que las condiciones establecidas para la aprobación de una condición deben especificar el contenido y el plazo de las mismas.

Respecto a la definición de un plazo determinado se considera pertinente tomar en consideración lo referido en la Ley N° 9072, mediante la cual se reforma la Ley N° 7472, particularmente lo indicado en el artículo 16 donde se indica lo siguiente:

"Las condiciones impuestas deberán cumplirse en los plazos que establezca la Comisión, que no podrán ser mayores a diez años..."

En razón de lo anterior y considerando el plazo establecido en la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-291-2012 para la demostración de las eficiencias producto de la concentración autorizada, se considera pertinente establecer un plazo de diez años durante el cual se mantendrá vigente la condición impuesta en el Resuelve B ix de la RCS-291-2012.

5.2.7. "Resuelve D". Comunicación de decisión de devolución de espectro al Poder Ejecutivo

Sobre este punto del recurso presentado se reiteran los argumentos expuestos en el apartado 5.1 sobre la competencia de la SUTEL para imponer condiciones en un procedimiento de solicitud de autorización. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en dicho apartado se elimina lo indicado en la resolución en cuanto a la notificación al Poder Ejecutivo por medio del MINAET.

6. Que de conformidad con los Resultandos y los Considerandos que preceden, lo procedente es declarar parcialmente con lugar el recurso de revocatoria interpuesto por el ICE contra la resolución del Consejo de la SUTEL RCS-291-2012 de las 09:00 horas del 3 de octubre del 2012, tal y como se dispone.

POR TANTO

Con fundamento en las competencias otorgadas en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593 y la Ley General de la Administración Pública, N° Ley 6227

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

RESUELVE:

04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

- I. **DECLARAR** parcialmente con lugar el recurso interpuesto por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, en cuanto a los agravios esgrimidos en contra del Resuelve A. i "Condición previa a la autorización de concentración" y el Resuelve D "Comunicación de decisión de devolución de espectro al Poder Ejecutivo" de la RCS-291-2012 y en consecuencia se procede a:
- a. Anular la condición impuesta al Grupo ICE de renunciar de manera pura, simple e irrevocable mediante acuerdo mutuo ante el Poder Ejecutivo al derecho de uso y explotación de los segmentos de espectro radioeléctrico de 1880 MHz a 1920 MHz (40 MHz), de 2520 MHz a 2620 MHz, de 2640 MHz a 2690 MHz (150 MHz) y de 3440 MHz a 3600 MHz (160 MHz).
 - b. Eliminar de la parte dispositiva de dicha resolución, en el Resuelve D, la frase: "comunicar la presente decisión al Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones" para que en adelante se lea: "Notificar a las solicitantes".
- II. **MODIFICAR y ADICIONAR** el Resuelve B. ii de la RCS-291-2012 para que en adelante se lea: *"Que el ICE y CABLE VISIÓN sometan a aprobación de la SUTEL aquellas promociones y/o paquetes que incluyan el servicio de televisión por cable en conjunto con un servicio de telecomunicaciones, siendo que se debe indicar por separado en los reportes remitidos a la SUTEL los precios individuales, condiciones de calidad y demás detalles de cada uno de los servicios incluidos en dichos paquetes y/o promociones. Para estos efectos la SUTEL emitirá oportunamente una serie de lineamientos, momento a partir del cual entrará a regir esta obligación. Esta condición regirá por un plazo de cinco (5) años a partir de la efectiva concentración"*.
- III. **ELIMINAR** el Resuelve B. vii de la RCS-291-2012 y **SUSTITUIR** el mismo por un nuevo Resuelve que se lea de la siguiente manera: *"Que CABLE VISIÓN debe comunicar a sus usuarios que el Grupo ICE adquirió a la empresa y que adicionalmente debe otorgar a sus usuarios un período mínimo de un mes para que aquellos usuarios que manifiesten expresamente su deseo de rescindir unilateralmente su actual contrato puedan hacerlo sin ningún tipo de responsabilidad, incluida la aplicación de cualquier cláusula relativa a la penalización por terminación anticipada de contrato. En cualquier caso, las cláusulas de permanencia mínima que se mantengan en los contratos, deberán limitarse a aquellas asociadas con el subsidio del terminal."*.
- IV. **MODIFICAR y ADICIONAR** el Resuelve B. ix de la RCS-291-2012 para que en adelante se lea: *"Que el Grupo ICE no podrá participar directa o indirectamente, por sí mismo o por medio de empresas relacionadas, en la adquisición o propiedad de compañías proveedoras del servicio de televisión por suscripción. Esta condición operará por un plazo de diez (10) años, no obstante podrá ser suspendida antes del término del mismo si llegara a darse un cambio significativo en las condiciones de competencia del mercado, resultando que el Grupo ICE en caso de presentar dentro de dicho plazo una nueva solicitud de autorización de concentración es quien deberá demostrar fehacientemente dicho cambio"*.
- V. **MANTENER** incólume en los demás extremos la resolución número RCS-291-2012 de las 9:00 horas del 3 de octubre del 2012.

Nº 18460



04 DE NOVIEMBRE DEL 2012

SESIÓN EXTRAORDINARIA NO. 069-2012

- VI. **TRASLADAR** a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos el recurso de apelación interpuesto para que esta se pronuncie sobre la procedencia y admisibilidad de la apelación.

ACUERDO FIRME.-

NOTIFIQUESE.

A LAS 17:20 HORAS FINALIZA LA SESION.

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES.

**GEORGE MILEY ROJAS
PRESIDENTE**



**LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO**