

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Señores
Miembros del Consejo
SUTEL

**PROPUESTA DE RESPUESTA A LA AUDIENCIA ESPECIAL CONCEDIDA POR LA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA ATENDER LOS RECURSOS DE
OBJECCIÓN PRESENTADOS AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA
LICITACIÓN MAYOR 2024LY-000001-SUTEL**

Estimados señores:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 95 de la Ley General de Contratación Pública N°9986 (en adelante LGCP) y 254 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo N°43808 (en adelante RLGCP), de seguido se somete a valoración la propuesta de respuesta a la audiencia especial del 27 de setiembre de 2024 (NI-20558-2024) concedida por la Contraloría General de la República (en adelante, CGR), sobre el recurso de objeción interpuestos por la empresa Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante, ICE), en contra del pliego de condiciones de la licitación mayor por etapas 2024LY-000001-Sutel, recibida el 27 de setiembre de 2024 con número de ingreso NI-12787-2024.

La empresa que presentó el recurso de objeción al pliego de condiciones de referencia sea el ICE, es un operador móvil en el país, que mostró interés de participar en la licitación de espectro IMT durante las etapas de consulta pública, es un potencial oferente y podría resultar adjudicatario de espectro a través del procedimiento concursal, por lo que se encuentra legitimado para presentar objeciones, según lo que establece el artículo 95 de la LGCP y el artículo 253 del RLGCP. A continuación, se presenta la respuesta a las argumentaciones y objeciones presentadas por el ICE en el mismo orden y numeración del oficio número 6000-1225-2024 del 25 de setiembre de 2024.

Sin perjuicio de lo anterior, importa señalar que, al tenor de lo establecido en el artículo 93 LGCP, los argumentos del ICE que se abordarán de manera específica en el presente documento podrían ser considerados temerarios, por cuanto los mismos son totalmente infundados desde el ámbito técnico, por ende, contrarios a la realidad material de las especificaciones contenidas en el pliego de condiciones y el contexto nacional actual respecto a la asignación de espectro IMT. En consideración de lo anterior, se somete a valoración de ese Ente Contralor establecer lo correspondiente con respecto a la calificación de temeridad del recurso de objeción interpuesto por el ICE.

1. Cláusulas 2.1.23., 14.1., 14.4., 14.5., 14.6., 14.7., 14.8. y 14.9. sobre control de concentración de espectro

Preliminarmente debe resaltarse que, los argumentos del ICE no combaten una disposición específica del pliego de condiciones que haya sido objeto de modificación de acuerdo con la primera fase de objeciones, dado que, en atención a lo dispuesto por la Contraloría General de la República en la resolución R-DCP-00041-2024, únicamente, se incluyó la referencia al oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023 mismo que ha sido de acceso público en el expediente

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

correspondiente a partir de la publicación del pliego de condiciones según se evidencia en el siguiente enlace: <https://sutel.go.cr/sites/default/files/concurso5G/17.%2005315-SUTEL-OTC-2023%20Informe%20justificacio%CC%81n%20CCE.pdf>. Por lo tanto, es claro que la etapa procesal oportuna precluyó y no corresponde referirse a este extremo.

Además, las objeciones planteadas por el ICE no se relacionan con las disposiciones propias del pliego de condiciones en términos de contratación administrativa donde la CGR de manera basta pueda entrar a conocer aspectos de este, sino que, por el contrario, corresponden a temas propiamente regulatorios y de etapas preparatorias del procedimiento.

Debe recordarse que, el recurso de objeción fue establecido por el legislador como un medio para combatir las disposiciones del pliego de condiciones y, no para traer a discusión aspectos ajenos o transversales que no tienen relación con el objeto del procedimiento concursal.

Por lo tanto, según el detalle brindado de previo, se solicita desestimar la objeción presentada.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, nos referimos a los argumentos presentados por el ICE.

Consideraciones previas en relación con el control de concentración de espectro para los apartados A y B del documento presentado por el ICE

Para atender las objeciones planteadas por el ICE primero resulta pertinente abordar una serie de cuestiones generales en relación con la situación en materia de distribución de espectro radioeléctrico, las obligaciones de la Sutel en materia de competencia económica y uso eficiente del espectro radioeléctrico, el uso de topes de espectro en subastas de espectro, el potencial del presente procedimiento concursal de lograr una distribución del espectro IMT más favorable a la competencia y los riesgos de la concentración de espectro en el mercado.

▪ Sobre el espectro radioeléctrico como bien demanial con tutela constitucional

En relación con el tema del espectro radioeléctrico, debe recordarse que este forma parte del estado y es definido como un bien demanial en el artículo 121 inciso 14) subinciso c) de nuestra Constitución Política el cual indica lo siguiente:

“(...) Además de las otras atribuciones que el confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...)

14) Decretar la enajenación o la aplicación de usos públicos de los bienes propios de la Nación.

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado: (...)

c) Los servicios inalámbricos.

Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores solo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. (...)”

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

En relación con la condición de bien demanial del espectro radioeléctrico, su uso y explotación, la Sala Constitucional haciendo eco de lo establecido en el artículo citado, señaló en el Voto N°11715-2017 del 26 de julio de 2017, lo siguiente:

"(...) es la propia norma constitucional la que califica como un bien de la Nación el espectro electromagnético o radioeléctrico y dispone que este solo puede ser explotado por los particulares en virtud de una concesión administrativa otorgada de conformidad a una ley formal o de una concesión legislativa especial. Por lo demás, el uso, aprovechamiento y explotación del referido espectro electromagnético o radioeléctrico se rige por el ordenamiento jurídico sobre telecomunicaciones, que está conformado por la propia Constitución Política, los tratados y convenios internacionales vigentes en Costa Rica, la Ley General de Telecomunicaciones la Ley de Radio, el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones y otras normas (...)"

De igual forma, en la opinión OJ-221-2003 del 6 de noviembre de 2003 de la Procuraduría General de la República dispuso lo siguiente:

"(...) En relación con los "servicios inalámbricos" tanto la jurisprudencia constitucional como la de este Órgano Consultivo son contestes en que la protección constitucional está dirigida a salvaguardar las ondas electromagnéticas. En ese sentido, la Sala Constitucional ha establecido:

"...es la propia norma constitucional la que califica de bienes de la Nación el espectro electromagnético, afectándolo a ciertos servicios públicos -que corresponden específicamente al Instituto Costarricense de Electricidad y a la empresa RACSA- pero no autoriza a un uso público de éste, por lo cual se trata de un bien que no puede salir bajo ninguna circunstancia del dominio del control del Estado, razón por la que tales servicios inalámbricos únicamente pueden ser explotados por particulares en los términos previstos por la Constitución, ya que están en juego bienes propios de la Nación.

En este sentido, puede afirmarse que existe una propiedad pública o demanial sobre el uso y explotación de este bien, que se afirma por la necesidad de una explotación pública de la utilidad que puede comportar el bien para la sociedad, en tanto que se trata de una riqueza colectiva. Así, tanto el bien -ondas electromagnéticas-, como su uso y explotación están fuera del comercio de los hombres, por lo que no es cualquier persona la que puede explotarlos fundamentándose en su voluntad y libertad de comercio, como pretende el accionante, por lo cual no existe infracción alguna a los artículos 28 y 46 de la Constitución Política. ...", Sala Constitucional, N. 3067-95 de las 15:42 hrs. del 13 de junio de 1995.

El párrafo cuarto del artículo 16 del Reglamento a la Ley de Radio, Decreto Ejecutivo No. 63 del 11 de diciembre de 1956, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 10015-G del 17 de abril de 1979 regula sobre la distribución de las bandas de radiodifusión y específicamente dispone sobre la distribución de la banda 88 a 108 Mhz e indica que la banda 88, 88,3 y 88,7 MHz no son asignables.

La Sala estima que dicha limitación no es contraria a la Constitución Política, y no viola principio alguno el hecho que se encuentre establecida en una norma de un reglamento por cuanto la restricción propia del bien no proviene originalmente del decreto ejecutivo sino por imperativo constitucional debido a que los servicios inalámbricos no pueden salir del patrimonio del Estado. El artículo 121 inciso 14 constitucional, como se ha indicado en los considerandos anteriores, dispone que el Estado tiene el derecho y el deber de velar por la conservación del dominio público y ese deber de protección del dominio público es inexcusable en razón que todas las normas que regulan la Administración Pública en su relación con el dominio público, están establecidas en interés público.

Los servicios inalámbricos no constituyen un bien que el particular tenga el derecho innato a usarlo o que ejerza sobre el mismo algún tipo de derechos o que el Estado tenga la obligación

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

que ponerlo a disposición del particular, lo que ocurre es que si el Estado a bien lo tiene y estima que puede disponer de ese bien para que sea explotado por el particular o bien por la misma Administración lo realice mediante la correspondiente concesión administrativa o legislativa otorgada en forma temporal, según el caso, en virtud que las ondas etéreas forman parte del espectro el cual es un bien demanial perteneciente a la Nación". 6053-2002 de 14:38 hrs. de 19 de junio de 2002"

Por espectro electromagnético entenderemos el espacio que permite la propagación de las ondas electromagnéticas, que se fijan convencionalmente en un ámbito por debajo de los 3.000 GHz. El mecanismo de protección constitucional consiste en la prohibición de un uso y explotación de estos bienes sin concesión legislativa o administrativa. Los bienes están sometidos a un régimen especial:

"...Ha de entenderse prohibitiva la disposición constitucional que impide la prestación privada de servicios telefónicos sin ley o sin concesión especial del legislador...", Sala Constitucional, N° 5386-93 de las 16:00 hrs. del 26 de octubre de 1993.

Ergo, ese uso y explotación requiere de una concesión lo que supone un procedimiento especial. De modo que para explotar las ondas electromagnéticas cualquier persona pública o privada requiere una concesión especial aprobada por la Asamblea Legislativa, o en su defecto, una concesión otorgada por la Administración Pública, de conformidad con las estipulaciones y condiciones que la ley establezca. De lo que se sigue que la Administración Pública sólo podrá otorgar esas concesiones si existe norma que le atribuya esa competencia y que pueda considerarse el marco legal bajo el cual se otorga la concesión y ésta será explotada. Por ende, la Ley no puede limitarse a atribuir la competencia para otorgar concesiones; debe, por el contrario, establecer las condiciones bajo las cuales se explotarán las ondas y se prestarán servicios: condiciones y procedimiento para el otorgamiento de la concesión, obligaciones y derechos del concesionario, potestades de la Administración concedente, entre las cuales es fundamental la de fiscalización y la sancionatoria, derechos de los usuarios del servicio, régimen de tarifas y cánones que deben cubrirse a la Administración por el uso del espectro y, en su caso, por el control, entre otros aspectos. (...)"

En este mismo orden de ideas, la Procuraduría mediante la opinión número OJ-90-2014 del 20 de agosto de 2014 dispuso que "(...) El espectro radioeléctrico ha sido considerado por el Constituyente como un bien de dominio público, en razón de lo cual se imponen ciertas restricciones a su explotación por parte de extranjeros, en atención a la naturaleza de la actividad y al impacto o función social que ella cumple. (...)"

Asimismo, mediante el Criterio C-003-2013 del 15 de enero de 2013, la PGR señaló que: "(...) La protección constitucional del espectro radioeléctrico, su condición de recurso escaso y estratégico, que debe ser usado de manera óptima, eficiente, equitativa, no discriminatoria y transparente impiden considerar que el espectro radioeléctrico es un bien demanial "como cualquier otro". Sobre todo impide estimar que su uso puede hacerse sin observancia de lo dispuesto constitucionalmente, en particular en relación con el principio de reserva de ley. (...)"

Por su parte, la CGR se ha referido al tema del espectro radioeléctrico como bien demanial, siendo que en el informe N°DFOE-IFR-05-2013 del 3 de julio de 2023, el Ente Contralor indicó expresamente lo siguiente "(...) el espectro radioeléctrico como un bien demanial de alto valor estratégico en el proceso de apertura de las telecomunicaciones, cuya planificación, administración y control de su uso resulta fundamental en el logro de los objetivos (...)".

Según todo lo anteriormente desarrollado, es claro que el espectro radioeléctrico es un bien demanial protegido constitucionalmente dada su importancia para el país, razón por la cual el uso y disfrute de este debe ir aparejado de políticas públicas que permitan un uso eficiente y óptimo de este recurso escaso, tal como se plantea en el presente procedimiento concursal al establecer mecanismos de control de concentración de espectro.

San Jose, 08 de octubre de 2024
08866-SUTEL-DGC-2024

En consecuencia, las disposiciones relacionadas con esta temática no son arbitrarias, sino que obedecen al cumplimiento del fin público derivado de la misma norma constitucional, según lo han confirmado la PGR y la CGR.

En este respecto la misma Unión Internacional de Telecomunicaciones ha presentado estudios internacionales aplicables a América Latina¹ en los cuales ha presentado la importancia del espectro como un recurso escaso y la implementación de medidas de control de concentración como los topes de espectro:

*“El espectro es un recurso natural, no renovable, y escaso, por lo que su uso implica un costo de oportunidad. Aunque se suele pensar que la escasez de espectro podría ser menos crítica en algunos países de América Latina, en muchos casos los operadores de telecomunicaciones piden procesos de asignación de espectro más óptimos que les permitan acceder a mayor ancho de banda para acomodar las exigencias del creciente tráfico. Por otra parte, las Autoridades Nacionales de Regulación (ANR) responsables de la gestión del espectro deben establecer un balance entre estas licencias y sus costos, **con otros elementos claves como las obligaciones de cobertura asociadas (para contribuir a la reducción de la brecha digital) y los topes de espectro (para garantizar la competencia evitando su acaparamiento)**. Estas múltiples perspectivas demuestran la necesidad de gestionar el espectro radioeléctrico, con vistas a maximizar eficiencias técnicas, efectos económicos e impacto social.*

*El espectro radioeléctrico es reconocido a nivel mundial como un **recurso que requiere estricta gestión y control de los estados con el fin de alcanzar los propósitos y objetivos de una nación**, cumpliendo con los marcos normativos estatales e internacionales y considerando recomendaciones, procedimientos y disposiciones señalados por organismos internacionales como la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y cumpliendo con los acuerdos, convenios y tratados internacionales de carácter vinculante de un país. En este sentido, y considerando la creciente demanda de espectro radioeléctrico en las próximas décadas, el estudio e **implementación de mecanismos que promuevan la eficiencia técnica y económica en el uso del espectro aumentando la oferta del mismo**, así como la disminución de barreras de acceso para promover la dinámica competitiva de los mercados en beneficio de los usuarios, se convierte en un eje fundamental en los procesos regulatorios de las telecomunicaciones en cada país.” (Resaltado intencional)*

- **Sobre los principios de competencia contemplados en la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, Ley N°8642)**

El artículo 2 de la Ley N°8642, establece como objetivos, entre otros los siguientes:

“e) Promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, como mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles.”

“g) Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos.

h) Incentivar la inversión en el sector de las telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que contenga mecanismos que garanticen los principios de transparencia, no discriminación, equidad, seguridad jurídica que no fomente el establecimiento de tributos.

i) Procurar que el país obtenga los máximos beneficios del progreso tecnológico y de la convergencia”.

Por su parte el artículo 3 de la Ley N°8642 define como principios rectores los siguientes:

¹ Ver informe “Directrices de política y aspectos ECONÓMICOS DE ASIGNACIÓN Y USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO” disponible en el siguiente enlace: https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/pref/D-PREF-EF.RAD_SPEC_GUIDE-2016-PDF-S.pdf

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

“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.”

“i) Optimización de los recursos escasos: asignación y utilización de los recursos escasos y de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios”.

Asimismo, en relación con el Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones, en el artículo 52 de Ley N°8642, señala que a la Sutel le corresponde:

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

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

“d) Garantizar el acceso de los operadores y proveedores al mercado de telecomunicaciones en condiciones razonables y no discriminatorias”.

“f) Evitar los abusos y las prácticas monopolísticas por parte de operadores o proveedores en el mercado... Si se llega a determinar que un proveedor ha creado o utilizado otras personas jurídicas con estos fines monopolísticos, la Sutel deberá garantizar que dicha práctica cese inmediatamente, sin detrimento de las responsabilidades que esta conducta derive.

g) Prevenir y detectar los monopolios e investigar los carteles, las prácticas monopolísticas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente del mercado de las telecomunicaciones, e imponer las medidas y sanciones dispuestas en el ordenamiento jurídico.”

Así, es claro que, la libertad de empresa y el buen funcionamiento del mercado, son objetivos cuya defensa tiene Sutel entre sus obligaciones, y en ese sentido, posee facultad como autoridad sectorial de competencia en telecomunicaciones para referirse a las condiciones necesarias para imprimir competencia en el proceso de despliegue de los servicios 5G.

▪ **Sobre las obligaciones de la Sutel en materia de promoción de la competencia**

La Sutel está en la obligación de promover los principios de competencia en el mercado nacional de telecomunicaciones.

Concurrentemente, la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley N°9736, dispone que, en materia de promoción y abogacía de la competencia, la Sutel tendrá como objetivo fomentar e impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado; eliminar y evitar las distorsiones o barreras de entrada, así como aumentar el conocimiento y la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia.

En la consecución de estos objetivos la Sutel se debe basar, entre otros, en los principios de competencia efectiva, no discriminación y optimización de los recursos escasos.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

De lo anterior, se desprende la obligación de la Sutel respecto a garantizar condiciones razonables y no discriminatorias para el acceso al mercado, considerando para esto, eventuales abusos que puedan presentarse por parte de los operadores y los grupos de interés económico a los que estos pertenezcan.

En este respecto, es obligación de la Sutel promover y defender la competencia en el mercado de las telecomunicaciones con el objetivo de que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones puedan beneficiarse de una mayor competencia en el mercado, a través de mayor inversión, innovación, mejores servicios, mejores precios, mayor calidad, entre otros.

En el caso que nos aplica, conviene señalar que el espectro radioeléctrico² es un recurso escaso y fundamental para la provisión de servicios móviles, dado que para la operación de estas redes es indispensable contar con este recurso radioeléctrico como el canal que permite las comunicaciones inalámbricas, y por esta misma razón este recurso se constituye como de atención necesaria en temas de promoción y defensa de la competencia.

Dado que, mediante la tecnología 5G se espera brindar una serie de beneficios para los usuarios, entre ellos: mayores velocidades de ancho de banda y usos revolucionarios en sectores como la industria, el transporte, la atención médica, entre otros, es claro que, compete a la Sutel, en su rol de autoridad sectorial de competencia, referirse a la situación actual en materia de espectro radioeléctrico, y la forma en que esto puede impactar la competencia del mercado de cara al despliegue de 5G.

En este sentido, la Sutel se encuentra facultada conforme a derecho, para establecer cualquier mecanismo o herramienta, conforme a la ciencia y la técnica, como medida de control para asegurar la competencia efectiva. A partir de dicha competencia, se motiva y justifica el establecimiento de topes de espectro como un “límite a la cantidad total de espectro que cualquier operador u operadores del mismo grupo económico”³, pueda tener, por cuanto tal y como se abordó, el espectro radioeléctrico corresponde a un recurso esencial para la provisión de servicios móviles y su eventual concentración genera perjuicios al mercado.

- **Sobre la situación competitiva del mercado de telecomunicaciones móviles en Costa Rica**

El mercado de telecomunicaciones móviles fue abierto formalmente a la competencia con el ingreso de nuevos operadores móviles en el año 2011 y fue declarado en competencia efectiva en 2017, mediante la resolución del Consejo de la Sutel número RCS-248-2017 “Revisión del Mercado del Servicio Minorista de Telecomunicaciones Móviles, Análisis del Grado de Competencia en dicho Mercado, Declaratoria del Operador y/o Operadores Importantes e Imposición de Obligaciones”.

² El espectro radioeléctrico ha sido considerado por el Constituyente como un bien de dominio público, en razón de lo cual se imponen ciertas restricciones a su explotación por parte de extranjeros, en atención a la naturaleza de la actividad y al impacto o función social que ella cumple (PGR, OJ-90-2014 del 20 de agosto de 2014). La protección constitucional del espectro radioeléctrico, su condición de recurso escaso y estratégico, que debe ser usado de manera óptima, eficiente, equitativa, no discriminatoria y transparente impiden considerar que el espectro radioeléctrico es un bien demanial “como cualquier otro”. Sobre todo impide estimar que su uso puede hacerse sin observancia de lo dispuesto constitucionalmente, en particular en relación con el principio de reserva de ley. (PGR, C-003-2013 del 15 de enero de 2013).

³ Definición según el oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Actualmente, hay tres operadores móviles de red prestando servicios en el mercado, a saber: el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), Claro CR Telecomunicaciones S.A. (CLARO) y Liberty Telecomunicaciones de Costa Rica LY S.A. (LIBERTY)⁴. Si bien en el pasado existieron dos operadores móviles virtuales (OMV) prestando servicios, estos salieron del mercado.

Las participaciones del mercado de telecomunicaciones móviles han tendido a equilibrarse a lo largo de los años y, para el año 2023, LIBERTY se había convertido en el operador con mayor cuota del mercado (45%), seguido del ICE (34%) y CLARO (21%).

Las suscripciones del mercado en los últimos cinco años pasaron de 7,31 millones en 2019 a 7,44 millones en 2023, lo que significa un crecimiento de 1,8% en ese período.

El tráfico de datos cursado a través de las redes móviles creció un 159% entre 2019 y 2023, pasando de 160.656 Terabytes a 416.422 Terabytes.

Por su parte, el ingreso promedio por suscriptor del servicio de telecomunicaciones móviles pasó de 5.650 colones por usuario en 2019 a 5.152 colones por usuario en 2022, lo que equivale a una disminución de 9%.

En cuanto a la evolución de precios de los servicios de telecomunicaciones, los datos de la Sutel⁵ indican que entre 2019 y 2023 los precios de los servicios han disminuido 20%.

En ese sentido, puede afirmarse que, el mercado ha alcanzado un nivel de rivalidad competitiva que ha redundado en beneficios para los usuarios, y por tanto resulta necesario proteger la competencia del mercado, para garantizar que los beneficios de la competencia se sigan reflejando en el mercado y principalmente en los usuarios de los servicios.

En un análisis prospectivo, el desarrollo de la tecnología móvil 5G es un elemento que puede modificar la naturaleza competitiva del mercado, y no sólo del mercado móvil, sino también de los mercados fijos⁶, y de ahí la relevancia de garantizar que la asignación de espectro, como elemento esencial para el despliegue de redes 5G, promueva la competencia.

▪ **Sobre la asignación actual del espectro IMT en Costa Rica**

En el mercado costarricense prevalece a la fecha una alta concentración de espectro IMT, esto ha generado una situación de asignación asimétrica de espectro radioeléctrico entre operadores móviles, como se muestra a continuación:

⁴ Anteriormente Telefónica de Costa Rica TC S.A. que operaba bajo la marca Movistar, esto según autorización dada mediante RCS-231-2018.

⁵ Evolución semestral del índice de precios de telefonía móvil, julio 2017 (base).

⁶ 5G plantea la posibilidad de que la banda ancha móvil se convierta en un sustituto para el cable, DSL y otras tecnologías fijas.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Tabla 1. Costa Rica: asignación de espectro inferior a 6 GHz para servicios IMT.
Cantidad de MHz por banda. Año 2024

Banda (MHz)	CLARO	LIBERTY	ICE	RACSA
850	-	10,6	39,4	-
1800	60	50	40	-
2100	40	40	40	-
2600	-	-	190	-
3500	-	-	-	100
Total	100,0	100,6	309,4	100,0

Fuente: Elaboración propia a partir de información del pliego de condiciones.

En ese sentido, actualmente el ICE y RACSA de manera conjunta poseen cuatro veces la cantidad de espectro IMT que se ha asignado a los otros operadores móviles, a saber, Liberty y Claro. Si se considera sólo el espectro asignado al ICE esta cifra es de tres veces.

Una asignación muy asimétrica del espectro, como la que muestra el país, tiene el potencial de debilitar la competencia del mercado, ya que esto le otorga al operador con una mayor cuota de espectro una posición ventajosa para hacer frente al aumento de la demanda de servicios, lo cual es particularmente relevante en una situación de continuo crecimiento del consumo de datos móviles como la que presenta el mercado costarricense, donde entre los años 2019 y 2023 el tráfico de datos móviles prácticamente se multiplicó por 2,5 pasando de 160.656 Terabytes a 416.422 Terabytes, tal como se señaló anteriormente.

Dado el continuo crecimiento de la demanda de datos del mercado, lo cual viene aparejado por los nuevos usos y aplicaciones, que se desarrollan para su funcionamiento a través de redes y dispositivos móviles, los operadores requieren continuar incrementando su capacidad futura, para lo cual el acceso al recurso radioeléctrico juega un papel central.

De tal forma, para continuar siendo competitivos en el mercado, los operadores con menos asignación de espectro requieren incrementar su capacidad y por tanto necesitan de más recurso. Asimismo, se debe tener presente que la capacidad de la red también determina las velocidades de conexión que pueden ofrecerse a los usuarios, lo cual constituye un elemento esencial de competencia en el mercado. En similar sentido, conviene destacar lo indicado por la propia CGR en su informe número DFOE-CIU-IF-00008-2022 correspondiente al *"Informe de Auditoría de Carácter Especial Sobre la Gestión del Espectro Radioeléctrico en Costa Rica"* en cuanto a que: *"El uso del espectro radioeléctrico debe realizarse de manera óptima, dado que al ser un recurso escaso que sirve de plataforma para el desarrollo de servicios que promueven el avance de la población, su utilización debe ser oportuna y eficiente"*⁷.

Adicional a la asimetría en la asignación del espectro IMT a nivel nacional, esta Superintendencia ha hecho ver que la cantidad de recurso asignada al ICE resulta desproporcional a nivel internacional, tal como se ha evidenciado en el acuerdo del Consejo de la Sutel número 010-065-2022, donde recibió y acogió el oficio número 08359-SUTEL-DGC-2022 del 16 de setiembre de

⁷ En cuanto a temas de uso eficiente y optimización del espectro radioeléctrico, la SUTEL a través de la DGC ha emitido en materia de servicios IMT, entre otros los informes 251-SUTEL-2009, 4629-SUTEL-DGC-2012, 890-SUTEL-DGC-2013, 5348-SUTEL-DGC-2019, 10425-SUTEL-DGC-2020, 01525-SUTEL-DGC-2020, 04204-SUTEL-DGC-2020, 05071-SUTEL-DGC-2020, 10982-SUTEL-DGC-2020 y 02823-SUTEL-DGC-2021, en los cuales ha indicado al Poder Ejecutivo sobre el uso no eficiente del espectro, no utilización de espectro o utilización parcial, usos no congruentes con la concesión otorgada o con lo dispuesto en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, entre otros.

San Jose, 08 de octubre de 2024
08866-SUTEL-DGC-2024

2022, en el cual se presentó una comparativa de la tenencia de espectro promedio por operador móvil en un total de 46 de países de Europa y América, respecto a Costa Rica. De dicho informe, resulta necesario traer a colación los datos consolidados tanto de Europa como América para las bandas medias (entre 1 GHz a 6 GHz):

Tabla 2. Datos internacionales sobre asignación de espectro IMT para operadores móviles

Región	Promedio de cantidad de operadores móviles con espectro asignado	Promedio de espectro total asignado por operador	Promedio de espectro asignado por operador en bandas bajas (< 1GHz)	Promedio de espectro asignado por operador en bandas medias (1GHz < 6GHz)	Promedio de espectro asignado por operador en bandas milimétricas (> 6GHz)
Europa (25 países)	4,9	252,47 MHz	50,16 MHz	162,71 MHz	517,86 MHz
América (21 países)	4,1	405,90 MHz	47,01 MHz	124,81 MHz	1542,86 MHz
Costa Rica	3	203,33 MHz	186,67 MHz	46,67 MHz	0 MHz

En la actualidad, el ICE y sus empresas mantienen las siguientes asignaciones de espectro IMT:

Tabla 3. Espectro IMT asignado al Grupo ICE

Empresa	850 MHz	1800 MHz	1900/2100 MHz	2600 MHz	3500 MHz	TOTAL
ICE	39,4 MHz	40 MHz	40 MHz	190 MHz	---	409,4 MHz
RACSA	---	---	---	---	100 MHz	
Total de espectro asignado en bandas medias: 370 MHz						

Tabla 4. Espectro IMT asignado a Liberty y Claro

Empresa	850 MHz	1800 MHz	1900/2100 MHz	2600 MHz	3500 MHz	TOTAL
Liberty	10,6 MHz	50 MHz	40 MHz	---	---	100,6 MHz
Claro	---	60 MHz	40 MHz	---	---	100 MHz
Promedio de espectro asignado en bandas medias: 95 MHz						

De la información anterior es posible extraer que el Grupo ICE tiene asignaciones de espectro IMT, tanto desde la perspectiva del espectro total asignado a este operador, como el asignado en bandas medias, mucho mayor al promedio de los operadores a nivel mundial, así como con sus competidores directos en el mercado móvil nacional. Debe señalarse también, que desafortunadamente, los operadores móviles de la comparativa internacional que ostentan menos espectro IMT que el Grupo ICE, reportan mejor calidad de servicio a los usuarios finales

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

en términos de la velocidad de transferencia de datos⁸, es decir, realizan un uso más eficiente del recurso asignado.

Esta situación de asimetría se ha mantenido en el tiempo, a pesar de la apertura del mercado de las telecomunicaciones y de haber llevado a cabo dos licitaciones de espectro IMT, dado que, como se ampliará más adelante, a pesar de los compromisos adquiridos⁹ ante la CGR, a la fecha se encuentran pendiente por parte del Poder Ejecutivo la revisión de las adecuaciones N°RT-024-2009-MINAET y RT-025-2009-MINAET (títulos habilitantes del ICE y RACSA) para las cuales esta Superintendencia ha emitido los dictámenes técnicos correspondientes.

Dicha condición también ha sido señalada por la Sutel, desde sus facultades como autoridad sectorial de competencia en telecomunicaciones, quien en una serie de opiniones no vinculantes emitidas mediante informes números 04225-SUTEL-OTC-2021, 09228-SUTEL-OTC-2022 y 01556-SUTEL-OTC-2023, todos emitidos por la DGCO y acogidos por el Consejo de la Sutel¹⁰. Donde se ha señalado, entre otros elementos ya desarrollados anteriormente, que una asignación muy asimétrica del espectro, como la que muestra el país a la fecha, tiene el potencial de debilitar la competencia del mercado, ya que esto le otorga al operador con una mayor cuota de espectro, en este caso el ICE, una posición ventajosa para hacer frente al aumento de la demanda de servicios, lo cual es particularmente relevante en una situación de continuo crecimiento del consumo de datos móviles. Así, la asimetría en la asignación del espectro radioeléctrico puede generar diferencias en la capacidad de los operadores de satisfacer la creciente demanda de datos a mediano y largo plazo, lo cual genera un efecto debilitador sobre la competencia del mercado a largo plazo.

La asimetría en la asignación del espectro radioeléctrico puede generar diferencias en la capacidad de los operadores de satisfacer la creciente demanda de datos a mediano y largo plazo, lo cual genera un efecto debilitador sobre la competencia del mercado.

En ese sentido, el espectro se convierte en un insumo indispensable para que los operadores puedan ampliar la capacidad de sus redes y, de ahí, la importancia de las medidas que permitan tener una distribución más equitativa del espectro radioeléctrico en el mercado.

▪ **Sobre la importancia de mantener el balance competitivo del mercado**

El espectro radioeléctrico es un recurso escaso, según lo dispuesto en el artículo 6 inciso 18 de la Ley N°8642, razón por la cual su asignación eficiente tiene implicaciones importantes en las siguientes áreas: en el funcionamiento de las redes móviles, para la competencia del mercado y en última instancia para la calidad y variedad de los servicios recibidos por los usuarios.

La situación histórica del ICE, en relación con la tenencia de espectro en conjunto con el retraso en la recuperación del espectro sin uso o empleado de manera ineficiente, según lo señalado por

⁸ Ver: Benchmarking the Global 5G Experience – June 2023, <https://www.opensignal.com/2023/06/30/benchmarking-the-global-5g-experience-june-2023>

⁹ Para el cumplimiento del Informe N°DFOE-IFR-IF-6-2012 de 30 de julio 2012.

¹⁰ Disponibles en el sitio Web de la SUTEL: <https://www.sutel.go.cr/opiniones-competencia>

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

la propia CGR en su informe DFOE-CIU-IF-00008-2022, además de rozar con los principios de optimización del recurso escaso y asignación y uso eficiente del espectro, tiene el potencial de generarle una ventaja al ICE en el despliegue de un servicio clave para la competencia futura del mercado móvil, como sería el 5G si no se toman medidas para equilibrar la tenencia de espectro en el mercado.

Esta ventaja del ICE, a su vez, podría generar un desmejoramiento en los indicadores de concentración del mercado móvil costarricense, el cual por sí mismo posee altas barreras de entrada¹¹, que a su vez podría afectar la rivalidad competitiva. Dicha circunstancia hace particularmente importante garantizar el balance competitivo, ya que cualquier debilitamiento de la competencia podría ser duradero y difícil de revertir, lo cual afectaría en última instancia a los usuarios de los servicios.

Al ser el espectro radioeléctrico indispensable para que los operadores móviles puedan continuar ampliando sus servicios, y en particular para que puedan desarrollar la tecnología 5G, es menester que este recurso escaso no se convierta en un elemento que distorsione el balance competitivo alcanzado por el mercado.

Así las cosas, se debe garantizar que las diferencias en la capacidad de los operadores móviles, producto de la asimetría en la distribución del espectro, no imposibiliten mantener la rivalidad competitiva del mercado, impidiéndole o dificultándole a determinados operadores ampliar la capacidad de su red o bien acceder a determinados tipos de clientes.

En ese sentido, el empleo de mecanismos de control de espectro radioeléctrico en el presente procedimiento concursal es un elemento esencial para lograr que todos los operadores del mercado tengan la capacidad de satisfacer la creciente demanda de datos de los usuarios. Es por ello, que en este procedimiento concursal se han tomado las previsiones necesarias para garantizar que, el mercado, mantenga una provisión competitiva de servicios, de forma consistente con los objetivos de política pública establecidos por el Poder Ejecutivo en su instrucción Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT (puntualmente, el lineamiento *g. Acciones para mitigar la eventual concentración de espectro radioeléctrico*), lo cual exige prever y tomar las medidas requeridas para que una asignación asimétrica del espectro no debilite la competencia.

- **Sobre el posible impacto a la competencia de no incluir medidas de control de espectro.**

Según se ha abordado, la demanda de datos móviles ha aumentado sustancialmente en los últimos años, en parte impulsada por la rápida adopción de teléfonos inteligentes y por la gran cantidad de nuevas aplicaciones que funcionan sobre dichos dispositivos. En el período 2019 a 2023 el tráfico de datos móviles ha crecido a una tasa anual promedio de 40%, y las proyecciones internacionales, muestran que se espera que esa demanda de datos crezca a una tasa aún mayor, lo cual pone presión sobre las redes móviles y requiere un incremento de capacidad y por ende del espectro disponible, que permita satisfacer la demanda del servicio.

¹¹ Para mayor detalle consultar la RCS-248-2017.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Si bien hasta la fecha, la asimetría existente en la distribución del espectro IMT parece no haber tenido un impacto debilitador de la competencia del mercado, no se puede dejar de considerar que la tecnología 5G es más intensiva en cuanto a los requerimientos de espectro, así como que esta tecnología apunta a la masificación de comunicaciones máquina a máquina y a maximizar la densidad de dispositivos conectados con objetivos de un millón de terminales por kilómetro cuadrado, lo que implica que el lograr una distribución más equitativa del espectro se constituya en un elemento esencial para garantizar el mantenimiento de la rivalidad competitiva del mercado.

En ese sentido, se quiere llamar la atención sobre el impacto futuro de cara al desarrollo de redes con tecnología 5G, que puede tener en el nivel de competencia del mercado de las telecomunicaciones móviles, la eliminación del mecanismo de control de espectro de la subasta. Al respecto, esta Superintendencia ha realizado los estudios correspondientes, tal como se evidencia en el Acuerdo número 031-041-2021, que acoge el informe número 04225-SUTEL-OTC-2021 de la DGCO *“Informe sobre asignación de espectro para despliegue futuro de redes 5G desde la perspectiva de la competencia”*; resolución número RCS-284-2022, por la que se acogió el oficio número 09228-SUTEL-OTC-2022 de la DGCO *“Opinión en materia de competencia sobre los acuerdos mutuos suscritos entre ICE-RACSA y el poder ejecutivo para la recuperación de un segmento de frecuencias de la banda de 3.5 GHz”*; y el acuerdo número 004-014-2023 del Consejo de la Sutel, que acogió el oficio número 01556-SUTEL-OTC-2023 *“Informe desde la perspectiva de la competencia sobre una eventual instrucción de un proceso concursal para la asignación de espectro radioeléctrico para el desarrollo de redes móviles 5G”*, e identificó los siguientes riesgos asociados en caso de mantener una situación de asimetría en la distribución de espectro IMT:

- *Exceso de capacidad que distorsiona el mercado*

En las bandas medias, la cantidad ideal de espectro que sería requerida por los operadores para el despliegue de 5G es de 80-100 MHz de espectro continuo. Actualmente el Grupo ICE posee 370 MHz de espectro en bandas medias, 270 MHz de los cuales corresponden directamente al ICE. Esto genera un desbalance de tenencia de espectro, lo cual representa una barrera para la ampliación de capacidad (obtener nuevo recurso escaso para atender la creciente demanda de los usuarios finales) de los restantes operadores del mercado. Es decir, a la fecha, el ICE cuenta técnicamente con suficiente espectro para desplegar una red 5G, de tal forma que una eventual eliminación de los mecanismos de control de espectro para permitir que el ICE acumule más espectro mediante su posible adquisición en el proceso concursal, va en detrimento de los principios de optimización del recurso escaso, uso eficiente del espectro, competencia efectiva y beneficio al usuario final. Además, daría al traste con el cumplimiento de los objetivos de política pública trazados en la instrucción por parte del Poder Ejecutivo. Es menester tener en consideración que, el hecho de que un operador cuente con más espectro del realmente requerido en bandas 5G, puede generar barreras para los despliegues 5G de otros operadores.

Existe el riesgo de que un operador con una cuota de espectro muy alta y principalmente, si este está siendo subutilizado o no utilizado, como es el caso del ICE según ha sido reconocido por la CGR en su informe DFOE-CIU-IF-00008-2022, implica que dicho operador cuenta con la posibilidad de utilizar su exceso de capacidad de espectro como elemento disuasivo para evitar que sus competidores reaccionen fuertemente a las presiones competitivas ejercidas por este.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Un exceso de capacidad se traduce en materia de competencia, en un mecanismo de apalancamiento que, eventualmente, puede permitir sostener conductas de naturaleza anticompetitiva (por ejemplo, de prácticas predatorias), ya que el exceso de capacidad le genera la posibilidad de absorber clientes desplazados de otros (conocido internacionalmente “churn”, como la tasa de cambio de los usuarios entre operadores¹²).

Asimismo, no se puede dejar de lado que, el hecho de que un operador tenga una cuota de espectro muy alta que resulte más que la necesaria para la provisión eficiente de servicios, tiene un costo de oportunidad para la sociedad como un todo, y para los usuarios en general, toda vez que el operador podría estar haciendo un uso limitado (no eficiente) o no uso del espectro que tiene asignado, impidiendo que dicho espectro pueda ser usado por otros operadores de manera más eficiente para satisfacer la creciente demanda del mercado, es decir, que un eventual acaparamiento de espectro a su vez reduce la posibilidad de acceso a dicho recurso escaso por parte de sus competidores.

- *Mayores costos para determinados operadores*

La competencia del mercado se puede debilitar si existen operadores en el mercado con participaciones relativamente bajas de espectro que les impiden o les limiten su crecimiento futuro. Los operadores móviles con menores asignaciones de espectro tenderán a tener costos marginales más altos para lograr agregar capacidad a su red comparativamente con operadores con una mayor cantidad de espectro. Lo que obedece a que entre menos espectro tenga un operador, mayor cantidad de sitios deberá construir para poder aumentar la capacidad de su red, lo que le genera costos adicionales que no posee el operador con una alta cuota de espectro. Así, un exceso de espectro implica la posibilidad de desarrollar infraestructura con menores factores de reutilización, con lo que se podría ofrecer más capacidad por sitio que sus competidores, lo cual resulta también de alto impacto en redes 5G donde en bandas medias y altas se prevé una densificación de sitios para cumplir con los objetivos previstos para esta tecnología según las IMT-2020¹³.

Además de hacer frente a los mayores costos marginales de la adición de capacidad, los operadores con menos espectro también pueden enfrentar limitaciones prácticas para incrementar su capacidad mediante mecanismos distintos al espectro adicional. Por ejemplo, la construcción de nuevos sitios en algunos lugares puede ser un desafío, como ha ocurrido en el pasado, de tal forma que, aun existiendo mecanismos alternativos para ampliar capacidad, es posible que algunos de estos no sean efectivos, lo que llevaría a un debilitamiento de la competencia. Lo anterior sin dejar de lado, la mayor inversión requerida para brindar sus servicios, y que el operador con menor cantidad de espectro ve limitada su capacidad competitiva al requerir más tiempo para satisfacer un incremento de demanda, por cuanto requiere el despliegue adicional de sitios para atender esta demanda creciente.

¹² Cancelación o rotación de clientes, se refiere a la pérdida de clientes que abandonan los servicios de una empresa y pasan a la competencia o simplemente dejan de utilizar estas funciones.

¹³ Concepción de las IMT – Marco y objetivos generales del futuro desarrollo de las IMT para 2020 y en adelante, Recomendación UIT-R M.2083, visible en el siguiente enlace: https://www.itu.int/dms_pubrec/itu-r/rec/m/R-REC-M.2083-0-201509-1!!PDF-S.pdf

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

○ *Amenaza para la inversión*

Una distribución asimétrica del espectro representa un riesgo significativo para la competencia, ya que, para aquellos operadores móviles con una asignación de espectro menor pueden ver comprometida su capacidad de competir, no sólo por el costo adicional en materia de despliegue que representa el contar con menos espectro, sino también, si el espectro asignado no les permite desarrollar redes con capacidades similares a las del operador que cuenta con más espectro. Esto puede limitar la calidad y velocidad de los servicios ofrecidos, el acceso a determinados segmentos del mercado, por ejemplo, redes privadas de clientes corporativos, y en última instancia podría poner a los operadores con menos espectro en una posición desventajosa en materia competitiva.

Al respecto el regulador del Reino Unido¹⁴ ha indicado lo siguiente: *“una distribución muy asimétrica del espectro podría permitir a un operador con una gran cantidad de espectro ofrecer una gama o calidad de servicios que no podrían ser igualados por competidores creíbles con participaciones más pequeñas. Por el contrario, consideramos que un operador que era un competidor creíble pero que tenía una pequeña explotación de espectro podría tener dificultades para competir en algunos segmentos del mercado o en la prestación de algunos servicios”*.

En este sentido, la UIT¹⁵ también ha sido clara en la importancia de que para los procesos concursales se elaboren los mecanismos adecuados del proceso de subasta considerando el establecimiento los topes de espectro, según se extrae:

“En última instancia, desde la perspectiva del regulador, el diseño de una subasta y elección del modelo más adecuado debe tener en cuenta diferentes factores:

- *Tipo de banda (s) a subastar;*
- *Estado presente y Futuro de dichas Bandas;*
- *Tipo de valoración de la banda (valor privado o común);*
- *Comportamiento de los participantes (Neutralidad o aversión al riesgo);*
- *Características deseadas para el nuevo mercado;*
- *Tipo y cantidad de información a revelar sobre el desarrollo de la subasta;*
- *Topes de espectro (multi-banda, multi subasta);*
- *Planes de subastas a medio y largo plazo;*
- *Obligaciones de cobertura;*
- *Cargas tributarias inherentes;*
- *Compartición de infraestructura/ mercados secundarios.”*

“En el diseño de subasta, el regulador debe considerar una serie de objetivos a maximizar. Estos incluyen, no necesariamente de manera excluyente, la promoción de la asignación eficiente de espectro, el estímulo de competencia en la industria, el estímulo de participación en la subasta, la generación de ingresos para el gobierno, o el aumento de cobertura geográfica de redes. El principio a remarcar es que no existe un modelo único o “mejor””

Al respecto, es claro que un diseño de un proceso de subasta debe tomar en cuenta diferentes factores como los planteados por la UIT, entre los cuales se resalta el cumplimiento de las *“características deseadas para el nuevo mercado”* que corresponden en el caso costarricense a los objetivos de política pública planteados por el Poder Ejecutivo en la instrucción, así como el *“estado*

¹⁴ Ofcom. (2017). *Award of the 2.3 and 3.4 GHz spectrum bands Competition issues and Auction Regulations*. Reino Unido.

¹⁵ Ver informe *“Directrices de política y aspectos ECONÓMICOS DE ASIGNACIÓN Y USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO”* disponible en el siguiente enlace: https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/pref/D-PREF-EF.RAD_SPEC_GUIDE-2016-PDF-S.pdf

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

presente y futuro de dichas bandas” el cual corresponde con el consideración de la tenencia de espectro por los operadores móviles en el país, que tal y como se señaló, juega un papel indispensable para el establecimiento de los topes de espectro, el cual también es un elemento por considerar durante la elaboración y ejecución del procedimiento concursal para cumplir con la “promoción de la asignación eficiente de espectro, el estímulo de competencia en la industria, el estímulo de participación en la subasta”.

- **Sobre la instrucción del Poder Ejecutivo en relación con el establecimiento de medidas de control de espectro radioeléctrico**

Tal como se indicó, el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT estableció una serie de lineamientos de política pública para el procedimiento concursal los cuales fueron detallados en la nota MICITT-DM-OF-416-2023, y en particular entre los lineamientos que atañen al tema de competencia, se señalan los siguientes:

“d. Promoción de la competencia:

El procedimiento concursal debe promover la competencia entre operadores para la prestación de nuevos y mejores servicios que beneficien a los usuarios con mayores velocidades de ancho de banda y usos revolucionarios en sectores como la industria, el transporte, la atención médica, entre otros. (...)

g. Acciones para mitigar la eventual concentración de espectro radioeléctrico:

La asignación objeto de este proceso licitatorio debe hacerse de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el fin de promover una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios; y, por tanto, no debe dar como resultado una concentración de espectro a favor de cualquier posible oferente. Los grados de concentración deberán ser valorados por la Sutel en forma objetiva y con respecto a las bandas de frecuencias para sistemas IMT.

Conforme a lo indicado se deben establecer las condiciones necesarias para evitar la concentración de espectro. De esta forma, debe la Sutel incluir mecanismos dentro del procedimiento concursal que procuren una asignación justa y transparente del espectro objeto de concurso (posibles topes de espectro de entrada y/o de asignación) en procura de mitigar la asimetría en la asignación de espectro para sistemas IMT y evitar la concentración de espectro.

Así las cosas, es necesario que las medidas que la Sutel llegue a implementar para este proceso licitatorio, no deben considerar solamente la condición registral de las bandas asignadas a cada operador que participe en el concurso, sino también la naturaleza de cada banda de frecuencias, y la posibilidad de definir técnicamente topes de espectro diferenciados para cada gama o rango (bandas bajas, medias y altas), de manera que la medida por implementar no desincentive la participación de determinados actores en este procedimiento concursal, y procure, no solamente el uso óptimo y eficiente del espectro, sino que también se propicien escenarios donde se pueda adjudicar la mayor cantidad de recurso radioeléctrico posible en todas las bandas de frecuencias que se incluyan en ese procedimiento concursal”.

Tal como se evidencia de los lineamientos remitidos, el mismo Poder Ejecutivo identifica riesgos asociados en la concentración del recurso, motivo por el cual establece los citados objetivos; de estos lineamientos se extraen los siguientes elementos que debía considerar la Sutel en el diseño del presente procedimiento concursal:

- Establecer medidas para que el procedimiento concursal no genere una concentración de espectro a favor de cualquier posible oferente.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

- Necesidad de incluir mecanismos dentro del procedimiento concursal que procuren una asignación justa y transparente del espectro objeto de concurso como posibles topes de espectro de entrada y/o de asignación.
- Necesidad de incluir mecanismos dentro del procedimiento concursal que mitiguen la asimetría en la asignación de espectro para sistemas IMT y eviten la concentración de espectro futura.
- Considerar en las medidas a implementar para este proceso licitatorio, no solamente la condición registral de las bandas asignadas a cada operador que participe en el concurso, sino también la naturaleza de cada banda de frecuencias, y la posibilidad de definir técnicamente topes de espectro diferenciados para cada gama o rango (bandas bajas, medias y altas).

En ese sentido es claro que la inclusión de mecanismos de control de espectro radioeléctrico en este procedimiento concursal se hace en acatamiento de los lineamientos del Poder Ejecutivo y en cumplimiento de las funciones del Consejo de la Sutel en lo relativo a *“velar por que los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones”*.

- **Sobre el establecimiento de topes de espectro**

El espectro radioeléctrico es un bien que por su naturaleza es escaso y, en ese sentido, el uso no eficiente del mismo tiene un costo para la sociedad. Esto ha generado la necesidad de contar con regulación para la adecuada gestión del espectro. En este respecto, la propia Ley N°8642, define en su artículo 6 inciso 18) que el espectro radioeléctrico se constituye en un recurso escaso. Asimismo, la Ley N°7593, específicamente los artículos 63 y 70, le brindan competencias a esta Superintendencia para velar por la gestión del recurso escaso y uso eficiente del espectro. Asimismo, el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (en adelante, PNAF) define cuales elementos se deben valorar para determinar un uso eficiente del espectro.

El establecimiento de topes de espectro bien sea generales o específicos para un determinado proceso de licitación, es un mecanismo que se ha empleado en diversos países del mundo con el objetivo de mantener un entorno competitivo en el mercado.

Un tope de espectro es un límite a la cantidad total de espectro que cualquier operador u operadores del mismo grupo económico pueden tener en una determinada banda o a través de distintas bandas específicas^{16 17}.

El objetivo del establecimiento de topes de espectro es prevenir que un único operador o grupo de ellos adquiriera, usualmente en el marco de un proceso de licitación abierto¹⁸, los derechos de uso y explotación sobre una determinada banda o grupo de bandas de manera que afecte la

¹⁶ Cave, M. (2010). Anti-competitive behaviour in spectrum markets: Analysis and response. Telecommunications Policy, Volume 34, Issues 5–6, June–July 2010, Pages 251-261.

¹⁷ Little, A. (2009). *Mobile Broadband Competition and Spectrum Caps*. GSM Association. USA.

¹⁸ O incluso en procesos de concentración económica posteriores.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

competencia del mercado a largo plazo, evitando así que un determinado operador o grupo de ellos consolide una posición dominante en el mercado a partir de la tenencia excesiva de espectro radioeléctrico. Esto ya que, el hecho de que un operador tenga más espectro del necesario técnicamente para su operación puede ser empleado como un mecanismo para explotar una posición de dominio o bien para afectar de manera anticompetitiva el mercado, perjudicando en última instancia a los usuarios de los servicios. Lo cual a su vez repercute en la posibilidad por parte de los usuarios de elegir libremente más y mejores servicios, contar con altos niveles de cantidad, diversidad de opciones comerciales, entre otras condiciones.

En ese sentido, se plantea que: *“En las adjudicaciones de espectro los topes parecen ofrecer una forma efectiva de intervención en el proceso competitivo que puede beneficiar a los usuarios finales. En el caso de una licitación significativa, por ejemplo, la liberación de espectro en 2,6 GHz o del espectro del dividendo digital, es probable que se justifique realizar una previsión competitiva de este tipo”*¹⁹.

El establecimiento de topes de espectro es un mecanismo para promover la competencia en los mercados que requieran de la asignación exclusiva de frecuencias del espectro radioeléctrico.

Como ha sido abordado por la Sutel en diversas opiniones²⁰ emitidas como autoridad sectorial de competencia del sector telecomunicaciones, la competencia del mercado se puede debilitar si un determinado operador tiene una participación muy alta del espectro radioeléctrico.

En resumen, en dichas opiniones se señaló que una gran asimetría en la atribución de espectro radioeléctrico puede generarle a un determinado operador una ventaja competitiva inigualable, pudiendo ofrecer servicios que sus competidores no pueden replicar; también este exceso de capacidad podría distorsionar el mercado, facilitando la realización de prácticas anticompetitivas.

Adicionalmente, en el caso particular, es necesario evitar que se produzca acaparamiento de espectro, lo que lleva a que un determinado operador, al tener más espectro del que requiere para ofrecer sus servicios, haga un uso no eficiente del espectro adicional que obtenga en el proceso licitatorio, ya que técnicamente no requería de espectro adicional para ampliar sus servicios. Esto a su vez genera un costo de oportunidad para la sociedad, ya que se priva de que el espectro sea utilizado de una manera más eficiente por un operador que, por contar con menos espectro de previo a la subasta, requiere del mismo para mejorar sus servicios

La incorporación de topes de espectro en el procedimiento concursal busca evitar que se presenten conductas estratégicas no procompetitivas de determinados operadores, que podrían encontrar viable ofertar por un espectro que no requieren, con el objetivo de privar a sus competidores de dicho espectro o distorsionar el valor del recurso durante la subasta.

En este sentido, debe reiterarse que los topes de espectro no generan ninguna afectación a operadores que cuenten a la fecha con suficientes recursos, como es el caso del ICE y sus empresas, que al mantener tres o cuatro veces más espectro que sus competidores, cuentan

¹⁹ Cave, M. (2010). *Anti-competitive behaviour in spectrum markets: Analysis and response*. Telecommunications Policy, Volume 34, Issues 5–6, June–July 2010, Pages 251–261.

²⁰ Acuerdo 031-041-2021, que acoge el informe 04225-SUTEL-OTC-2021 de la DGCO; resolución RCS-284-2022, por la que se acogió el oficio 09228-SUTEL-OTC-2022 de la DGCO; y acuerdo 004-014-2023 del Consejo de la SUTEL, que acogió el oficio 01556-SUTEL-OTC-2023.

San Jose, 08 de octubre de 2024
08866-SUTEL-DGC-2024

incluso de previo a procedimiento concursal, con suficiente recurso para lanzar sus redes 5G. Muestra de lo anterior es el lanzamiento de las redes 5G FWA por parte de RACSA, para lo cual, dicha empresa ya cuenta con el respectivo contrato homologado, aprobado por el Consejo de la Sutel según el acuerdo número 029-042-2024 del 11 de setiembre de 2024.

Es relevante señalar que, en caso de que los operadores consideren estratégicos ciertos recursos radioeléctricos, las condiciones del pliego en cuestión (según su cláusula 14.11), disponen la posibilidad de que los operadores efectúen una devolución de recurso concesionado para disminuir la cantidad de espectro asignado y así poder concursar por otras bandas.

▪ **Sobre el uso de topes de espectro en subastas de espectro IMT a nivel internacional**

El establecimiento de topes de espectro en las recientes subastas IMT ha sido una práctica regular. Estos topes se han definido tanto a nivel de bandas específicas como multibanda.

En un reciente estudio de la empresa Analysys Mason se destaca que “la mayoría de países de la OECD han usado topes sobre el total de tenencia de bandas medias del espectro, de los 24 países del benchmarking, 22 han llevado (o tienen planeado llevarlas) subastas para asignar bandas medias y en la mayoría de estas subastas (19/22) se han aplicado topes de espectro”²¹.

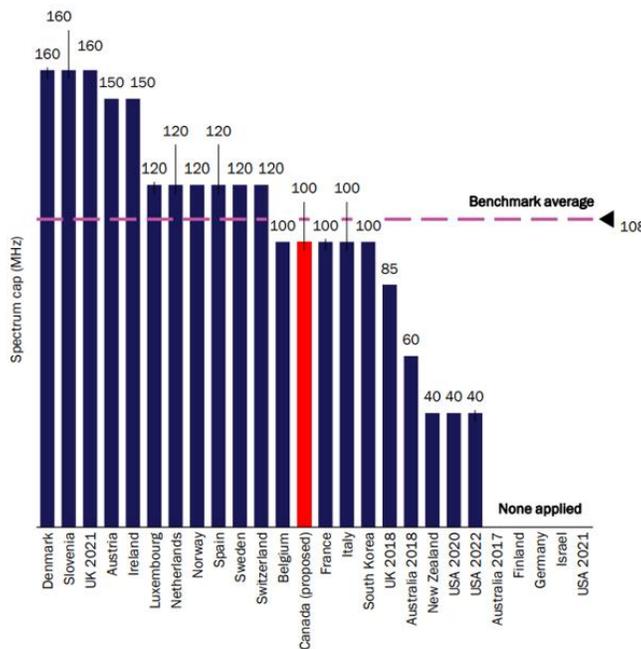


Figura 1. Resumen del tope usado en subastas de espectro en países seleccionados. 2022.
Fuente: Analysys Mason.

²¹ Colville, M. et al. (2022). Procompetitive measures and coverage obligations in mid-band auctions. Analysys Mason.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Por su parte la empresa Cullen International²² en su reporte sobre topes de espectro destaca que: *“Todos los países observados definieron reglas de límite de espectro al menos una vez en los últimos cinco años, excepto Alemania y Polonia. Alemania no definió ningún tope de espectro en su subasta multibanda de 2019. Polonia no tuvo una subasta en los últimos cinco años, pero definió topes de espectro en la subasta 4G de 2015. Los detalles varían significativamente y dependen de qué y cuántas bandas se ofrecieron en una subasta o concurso de belleza en particular”.*

Tabla 5. Resumen de distintos topes* usados en subastas de espectro en países seleccionados para la banda de 700 MHz, la banda de 3,5 GHz, bandas bajas (menores a 1 GHz), bandas medias (mayores a 1 GHz y menores a 6 GHz) y bandas altas (superiores a 24 GHz). 2023.

País	Bajas	700 MHz	Medias	3,5 GHz	Altas
Austria	-	20	290	150	-
Bélgica	70	20	315	-	-
Colombia	50	-	200	-	-
Dinamarca	75	-	315	160	1650
Eslovaquia	-	30	-	100	-
España	-	30	255	120	1000
Finlandia	-	-	-	130	800
Francia	60	-	250	160	-
Grecia	-	20	-	160	400
Hungría	-	20	-	140	-
Irlanda*	70	-	305	-	-
Italia	60	-	-	100	400
Polonia	-	20	-	-	-
Portugal	-	20	-	100	-
Reino Unido	-	-	340	-	-
República Checa	-	20	-	100	-
Rumania	-	-	-	120	-
Suecia	-	40	-	-	-
Suiza	-	30	270	120	-
Promedio	64	25	282	128	850

* Incluye topes específicos para la subasta y topes de largo plazo en caso de Bélgica, España, Francia y Rumania.

** Para la estimación de los topes de bandas bajas y medias, se incluyeron tanto los topes multibanda, como la sumatoria de topes individuales para bandas específicas.

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Cullen International S.A.

Asimismo, hay países donde los topes no se han definido como una cantidad específica, sino como un porcentaje sobre el total de espectro disponible, estos son los casos de Países Bajos, donde se ha definido un tope general de tenencia de espectro del 40%; Chile, donde se han establecido topes para bandas bajas (32%), bandas medias (30%) y bandas altas (25%); y Reino Unido donde se ha establecido un tope general de tenencia de espectro del 37%.

En orden de las mejores prácticas internacionales²³ la GSMA²⁴ se refiere a los topes y reservas de espectro señalando que *“Contribuyen a que los actores/concursantes de menor envergadura puedan ganar*

²² Kronegger, D. (2023). Spectrum caps. Cullen International.

²³ Visible en el siguiente enlace: https://www.gsma.com/connectivity-for-good/spectrum/wp-content/uploads/2016/11/spec_best_practice_SPA.pdf

²⁴ La Asociación GSM (abreviadamente GSMA) es una organización de operadores móviles y compañías relacionadas, dedicada al apoyo de la normalización, la implementación y promoción de sistemas IMT.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

licencias, evitando que un oferente particular adquiriera una porción de espectro demasiado grande o reservando una cierta cantidad de espectro para los más pequeños”. No se omite señalar que la literatura también indica que los topes dispuestos estáticamente (a través de leyes y reglamentos), podrían traer limitaciones al mercado por lo que su aplicación no correspondió a las condiciones de mercado, trayendo con esto algún grado de perjuicio, sin embargo, este no es el caso del procedimiento concursal en cuestión.

Debe destacarse que, en el caso de Costa Rica se ha realizado un análisis de mercado exhaustivo con el fin de garantizar la competencia efectiva, una asignación y uso eficiente del espectro. Se reitera que el eventual establecimiento de topes debe responder al contexto preciso del mercado en un momento determinado.

Por otra parte, las referidas mejores prácticas de la GSMA²⁵ concluyen señalando, para lo que nos interesa lo siguiente:

“(...) Para los reguladores, el desafío principal que presenta el diseño de una subasta es el manejo de los diversos objetivos de manera tal que se logre una asignación eficiente del espectro a la vez que se promueve la competencia en el mercado de telecomunicaciones. El objetivo de maximizar la recaudación pública en base a las subastas de espectro impone el riesgo de forzar un costo aún más alto para la sociedad, especialmente para la economía digital, si como resultado de ello se ve socavada la competencia en el sector y limitada la inversión en las redes. El bajo nivel de participación puede ser un tema de preocupación, especialmente en los mercados móviles maduros. Es amplia la gama de herramientas disponibles para que los reguladores intenten solucionar estos temas, incluyendo la selección del formato de la subasta, la determinación de los lotes de espectro, los topes y reservas de espectro, la divulgación de información sobre la licitación y los precios de reserva. Sin embargo, estas herramientas pueden entrar en conflicto y su efectividad dependerá de las condiciones del mercado local.”

Así las cosas, claramente esta Superintendencia tiene conocimiento de la responsabilidad que conlleva un diseño oportuno de las subastas de espectro orientadas al cumplimiento de los objetivos, principios y lineamientos de política para lograr responder al interés público de la manera más efectiva, también, ha sido consistente en sus análisis y establecimiento de disposiciones, como las reglas promovidas respecto al control de concentración de espectro.

Lo anterior permite concluir que el establecimiento de topes de espectro no es una medida inusual, sino que por el contrario ha sido empleada frecuentemente de manera internacional con el objetivo de prevenir concentración de espectro, tal y como lo reconoce la UIT²⁶, en las recientes subastas de espectro para servicios móviles y en particular para el ofrecimiento de servicios a través de redes móviles con tecnología 5G.

²⁵ Visible en el siguiente enlace: https://www.gsma.com/connectivity-for-good/spectrum/wp-content/uploads/2016/11/spec_best_practice_SPA.pdf

²⁶ Ver informe “Directrices de política y aspectos ECONÓMICOS DE ASIGNACIÓN Y USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO” disponible en el siguiente enlace: https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/pref/D-PREF-EF.RAD_SPEC_GUIDE-2016-PDF-S.pdf

San Jose, 08 de octubre de 2024
08866-SUTEL-DGC-2024

- **Sobre el potencial del procedimiento concursal de equilibrar la tenencia de espectro en el mercado**

En el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT se indicó que se acreditó la necesidad y factibilidad para que inicie el procedimiento concursal, para el otorgamiento de concesiones para las siguientes bandas del espectro²⁷:

Tabla 6. Bandas de frecuencias y cantidad de espectro IMT incluidas para el concurso

Banda de frecuencias	Cantidad de espectro disponible
700 MHz (de 703 MHz a 748 MHz y de 758 MHz a 803 MHz)	90 MHz
2300 MHz (de 2300 MHz a 2400 MHz)	100 MHz
3500 MHz (de 3300 MHz a 3500 MHz y de 3600 MHz a 3700 MHz)	300 MHz
26 GHz (únicamente el segmento de 24,25 GHz a 25,50 GHz)	1250 MHz
28 GHz (de 27,5 GHz a 29,5 GHz)	2000 MHz

Actualmente el mercado tiene concesionados un total de 50 MHz en bandas bajas, 560 MHz en bandas medias y no hay espectro concesionado en bandas altas para servicios IMT. Mientras que este concurso pondría a disposición del mercado un total de 90 MHz en bandas bajas, 400 MHz en bandas medias y 3250 MHz en bandas altas.

Lo anterior implica que **este procedimiento concursal**, dada la cantidad de espectro disponible para ser concesionado, **tiene el potencial de reequilibrar la tenencia de espectro para servicios móviles IMT en el mercado costarricense.**

Pero, asimismo, y ante la falta de espectro IMT disponible para ser concesionado en el futuro, **también genera el riesgo de perpetuar la situación de asimetría del mercado, de no incorporar las salvaguardas a la competencia necesarias**, según lo requerido por el MICITT en sus lineamientos de política pública, es decir, de no aplicarse los topes de espectro, la condición de acumulación de espectro podría incrementarse sin la posibilidad de revertirse en el corto plazo.

La distribución del espectro radioeléctrico en bandas bajas y medias se presenta en el siguiente gráfico.

²⁷ También se indicó que se incluyera "como cualquier espectro que eventualmente se encuentre disponible en la banda de 2600 MHz (de 2500 MHz a 2690 MHz) y de 3500 MHz (de 3500 MHz a 3600 MHz y de 3625 MHz a 3700 MHz) de acuerdo a la importancia señalada por la SUTEL y según los resultados de diversos procesos jurídicos actualmente en curso, hasta tanto la etapa del procedimiento concursal así lo permita, con el fin de satisfacer la necesidad de la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público a través de sistemas IMT-2020 incluyendo 5G."

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

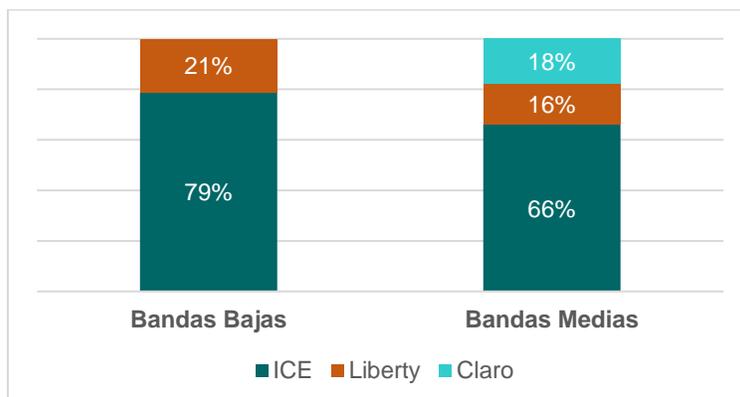


Figura 2. Distribución actual de las bandas de frecuencias concesionadas para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles en Costa Rica. 2023

Las bandas bajas incluyen el espectro asignado en la banda de 850 MHz, y las bandas medias incluyen el espectro asignado en las bandas de 1800 MHz, 2100 MHz, 2600 MHz y 3500 MHz.

Fuente: Elaboración propia a partir de los registros internos de Sutel.

Como se observa del gráfico anterior, para la prestación de servicios móviles, actualmente el Grupo ICE, conformado por el ICE y RACSA²⁸, tiene el 79% del espectro concesionado en bandas bajas²⁹ y el 66% del espectro concesionado en bandas medias³⁰. Por su parte, LIBERTY cuenta con 21% del espectro concesionado en bandas bajas y 16% del espectro concesionado en bandas medias. Mientras que CLARO no tiene espectro asignado en bandas bajas y tiene el 18% del espectro concesionado en bandas medias.

Esta situación, tal como se referenció anteriormente, según los acuerdos del Consejo de la Sutel número 031-041-2021 y número 004-014-2023, ha sido identificada en las opiniones en materia de competencia emitidas al respecto por la Sutel, donde se evidencia la existencia de una asimetría en la asignación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles, tanto desde la perspectiva general como específicamente en bandas bajas y en bandas medias. Es por lo anterior, que los lineamientos de política pública emitidos por el MICITT, requirieron implementar los mecanismos de control necesarios para que el procedimiento concursal permita la reducción de las asimetrías en la asignación de espectro actual.

- **Sobre la asignación y el uso eficiente del espectro en relación con el establecimiento de topes**

Tal como se indicó en otros apartados, el ordenamiento jurídico aplicable, respecto a la asignación y el uso eficiente del recurso escaso, establece como objetivo en el artículo 2 de la

²⁸ Es importante tener en consideración que el artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones establece el uso personalísimo de las concesiones de espectro radioeléctrico, de tal forma que, aunque el ICE y RACSA forman parte del mismo grupo económico deben sujetarse a la legislación en materia de uso del espectro radioeléctrico.

²⁹ Considerando el espectro asignado en la banda de 850 MHz (39.4 MHz).

³⁰ Considerando el espectro asignado en las bandas de frecuencias de 1800 MHz (40 MHz), 1900/2100 MHz (40 MHz), 2600 MHz (190 MHz) y 3500 MHz (100 MHz).

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Ley N°8642 que se debe “g) *Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos.*”

Por su parte, el artículo 3 de la citada Ley establece como principio rector “i) *Optimización de los recursos escasos: asignación y utilización de los recursos escasos y de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios.*” (Resaltado intencional).

En materia propia de las concesiones el artículo 11 de la Ley N°8642 dispone que “Se otorgará concesión para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico... La concesión se otorgará para un área de cobertura determinada, regional o nacional, de tal manera que se garantice la utilización eficiente del espectro radioeléctrico”. (Resaltado intencional)

A partir de lo anterior, claramente la legislación pretende tanto una asignación como un uso eficiente del espectro radioeléctrico, por ende, cada procedimiento de asignación, directa o concursal, así como las recomendaciones técnicas que surtan al efecto deben propiciar la eficiencia señalada.

En relación con lo extraído respecto al artículo 3 de la Ley N°8642 merece una especial atención considerar el resto de los adjetivos calificativos que acompañan al término “*eficiente*”, es decir, *objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria*; si bien cada uno tiene una connotación propia lo cierto de caso es que se encuentran entrelazados, de forma tal que una asignación y un uso no eficiente del espectro terminaría siendo también no objetiva, poco oportuna y transparente, así cómo, discriminatoria³¹.

Un aspecto relevante que no se debe obviar corresponde a que, el citado *principio de optimización de los recursos escasos*, además de requerir la asignación y el uso eficiente, obliga a *asegurar una competencia efectiva* en el mercado. Razón por la cual, en el artículo 73 inciso j) de la Ley N°7593, se establece como una de las funciones del Consejo de la Sutel el “*velar por que los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones*”, manteniendo los mismos adjetivos del citado artículo 3 de la Ley N°8642.

En este sentido, la asignación y el uso eficiente de espectro, debe propiciarse entre los concesionarios actuales y los posibles nuevos competidores en el mercado, por lo tanto, debe considerar al menos lo siguiente:

- Promover el acceso al recurso para todos los actores del mercado (incluidos eventuales nuevos competidores).
- Establecer herramientas regulatorias para asegurar la equidad, simetría, evitar prácticas colusorias y la tenencia ineficiente de espectro.
- Garantizar que el espectro sea asignado a aquellos usuarios que mejor uso le vayan a dar (asignación eficiente).
- Disponer de espectro suficiente para permitir el despliegue efectivo de redes con calidad y continuidad de servicios, tanto en cuanto a cobertura como capacidad (eficiencia productiva).

³¹ Principio del artículo 3 inciso g) de la Ley N° 8642.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

- Condiciones de asignación de espectro que incentiven la inversión y la innovación en el despliegue, expansión y mejora de redes y nuevos servicios mediante nuevas tecnologías (eficiencia dinámica).

Algunos de estos aspectos están claramente establecidos en el PNAF vigente, donde se dispone que se considerará “uso eficiente del espectro radioeléctrico” cuando se cumpla con los siguientes lineamientos básicos:

“a. Que las frecuencias sean utilizadas de acuerdo con la atribución de la banda de frecuencias que se especifica en el presente PNAF.

b. Cuando se realice un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico de una determinada banda, con base en los principios de la ciencia y la técnica...

e. Cuando sea posible la reutilización de frecuencias o segmentos de frecuencias en una misma región, sea por el mismo concesionario, o por varios, tomando en cuenta el uso de niveles de potencia que permitan la factibilidad técnica del sistema pero que no generen interferencia perjudicial a otros servicios o limiten su reutilización...

h. Cuando haya un real y efectivo uso y/o explotación del espectro radioeléctrico por parte de los concesionarios o permisionarios.”

Ahora bien, para efectos de propiciar la asignación y el uso eficiente del espectro debe partirse del análisis de las condiciones actuales del mercado (tal como se realizó en el oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023), para lo cual de forma general resalta lo siguiente:

- El ICE ha mostrado dominancia de mercado y una alta concentración de espectro.
- El ICE no ha logrado emplear la totalidad de espectro que tiene concesionado.
- Existe evidencia respecto a que, a partir de la gran cantidad de espectro con que cuenta el ICE, el mismo dispuso emplear distintos bloques de espectro por regiones en lugar de reutilizar los mismos segmentos de frecuencias en todo el país (en contra de lo dispuesto por el PNAF).
- El 79% del recurso en bandas bajas está concesionado al ICE y solo un operador adicional (LIBERTY) cuenta con el restante 21%.
- En las bandas de 1800 MHz y 1900/2100 MHz existe una asignación de espectro más simétrica producto de las últimas dos licitaciones de espectro.
- La banda de 2600 MHz se encuentra concentrada en el ICE (en contra posición de los principios de la ciencia y la técnica) pese a que dicho recurso internacionalmente es utilizado por varios operadores, adicionalmente, se ha demostrado un uso no eficiente y parcial de esta banda por parte del mismo (segmentos de frecuencias sin uso real o efectivo en términos de lo dispuesto en el PNAF).
- Una empresa, a saber, RACSA, que pertenece al grupo económico ICE, es la única que a la fecha tiene concesionado espectro en la banda de 3500 MHz, principal segmento en cuanto a economías de escala en desarrollos de tecnologías 5G.
- No hay espectro concesionado en bandas altas para desarrollos de IMT.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

- El ICE cuenta con espectro suficiente³² para la implementación de redes 5G en bandas bajas y medias.

Así las cosas, para el contexto nacional actual en aras de promover la asignación y el uso eficiente del espectro, así como la competencia efectiva en el mercado, considerando los lineamientos establecidos en el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT y abordados en el oficio número MICITT-DM-OF-416-2023, para el diseño del procedimiento concursal consideró lo siguiente:

- Disponer de espectro y establecer mecanismos que permitan acceso a:
 - Bandas bajas para nuevos competidores, operadores que cuenten con una reducida cantidad o del todo no cuenten con este recurso.
 - Bandas medias para nuevos competidores y operadores que cuenten con una reducida cantidad de este recurso.
 - Bandas altas para cualquier actor del mercado (actuales y nuevos).
- Establecer herramientas o condiciones para limitar el acceso a espectro:
 - A cualquier operador y su grupo de interés económico que pueda distorsionar el procedimiento, incluido el Grupo ICE por la asignación de espectro vigente, evitando eventuales prácticas colusorias y la tenencia no eficiente de espectro para promover la equiparación.

Como puede notarse, la asignación y el uso eficiente del espectro no solo debe involucrar a los competidores en su actuación empresarial independiente o aislada, sino que, comprende la actuación de eventuales grupos de interés económicos conformados por distintas entidades que puedan tener acceso al espectro.

Desestimar los controles en términos de concentración de espectro con alcance a los grupos de interés económicos, bajo el contexto nacional actual, resulta contrario al cumplimiento de los citados objetivos (artículo 2 Ley N°8642), principios (artículo 3 Ley N°8642) y procedimiento (artículo 11 Ley N°8642) dispuestos por el ordenamiento sobre la asignación y el uso eficiente del espectro, por lo tanto, puede afirmarse que su aplicación es conforme a derecho.

Es necesario hacer ver, que según la PGR en su dictamen PGR-C-177-2023 del 18 de setiembre del 2023, únicamente es el titular de una concesión el habilitado para explotarla según se extrae

“(...) Pues bien, conforme al precepto constitucional recién mencionado, únicamente podrá hacer uso de las frecuencias del espectro, a efecto de su explotación, quien sea titular de una concesión especial otorgada por la Asamblea Legislativa o bien, por la Administración Pública con base en una ley que se constituya, en virtud de sus regulaciones, en el marco legal general de la citada explotación.

Por consiguiente, ni un particular, ni la Administración pública, están habilitados para explotar el espectro si no cuentan con la concesión respectiva otorgada por el Poder Ejecutivo (ver el pronunciamiento PGR-OJ-059-2023, del 23 de mayo).

³² Ver informe “Posición sobre espectro para 5G” disponible en el siguiente enlace: <https://www.gsma.com/about-us/regions/latin-america/wp-content/uploads/2019/03/5G-Spectrum-Positions-InfoG-SPA.pdf>, en el cual se establece que, los operadores requieren entre 80-100 MHz de espectro continuo en bandas medias.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

La palabra concesión en su misma significación jurídica implica exclusividad, siendo esa la regla impuesta por la LGT cuando conlleve la “reserva” de un determinado uso (en este caso el comercial) en favor exclusivo del titular. Así también se desprende del artículo 19 de la misma ley, cuando a modo de excepción del procedimiento concursal, contempla la concesión otorgada por el Poder Ejecutivo en forma directa y según el orden de recibo de la solicitud por el interesado, en los supuestos de “frecuencias requeridas para la operación de redes privadas y de las que no requieran asignación exclusiva para su óptima utilización” (el subrayado es añadido).

La asignación exclusiva implica así que únicamente el titular de la concesión puede usar o explotar las bandas de frecuencias del espectro que le fueron reservadas con dicho acto, al punto que la LGT tipifica como una infracción muy grave, el “[u]sar o explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico sin la correspondiente concesión o permiso”. Esta asignación exclusiva responde también a motivos técnicos, en la medida que el uso compartido por varios operadores de los mismos rangos de frecuencias podría generar interferencias que afecten la calidad del servicio. (...)

En razón de lo expuesto, no es posible afirmar que en el estado actual de la legislación sectorial, el ICE esté facultado para aprovechar y explotar de forma directa, conjunta o compartida las frecuencias del espectro radioeléctrico que le fueron concesionadas a RACSA de manera exclusiva, con independencia de que ambos pertenezcan al mismo grupo económico o empresarial.”

Habiendo contextualizado la situación, se procede a atender de manera puntual los puntos señalados por el ICE.

A. Objeción sobre el control de concentración de espectro establecido en el oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 aplicable al clausulado 2.1.23., 14.1., 14.6., 14.7., 14.8. y 14.9.

El ICE manifiesta que, la Sutel admite que el incluir topes de espectro atenta contra la eficiencia en la asignación del recurso licitado al establecerse topes de concentración y ante una realidad internacional incuestionable. Al respecto, debe señalarse que lo indicado por el ICE de la mano del consultor especialista regulatorio José Alfredo Rizek resulta falso e infundado, dado que no parte de un análisis exhaustivo de las condiciones del mercado costarricense actual, toda vez que, como se analiza en este documento, ha quedado demostrado que los topes de espectro como un mecanismo para el control de concentración resulta ser una mejor práctica internacional en beneficio de la defensa y promoción de la competencia, además de ser el mecanismo que permitiría la corrección a una asimetría histórica en la asignación de este recurso escaso y prevenir una concentración futura como resultado del proceso concursal.

En relación con estos argumentos, el primer elemento por señalar es que los mismos en principio se basan en dos resoluciones del INDOTEL a saber: Res. 115-2021 del 28 de octubre de 2021³³ y Res. 068-2024 del 4 de julio de 2024³⁴, las cuales no hacen referencia a los supuestos efectos negativos de los topes de espectro. La primera de estas resoluciones se refiere a la adjudicación de una licitación de espectro IMT justamente aplicando un tope de espectro, señalando: “Ambas ofertas son consideradas válidas, toda vez que exceden el valor referencial (sección 1.10 del Pliego) y la cantidad de espectro solicitada no excede los topes establecidos en El Pliego (sección 2.1.5)”. La segunda de estas resoluciones se refiere a la declaratoria como desierta de una licitación por no haber cumplido la

³³ Disponible en: https://indotel.gob.do/wp-content/uploads/2022/10/resolucion_115_adjudicacion_de_la_licitacion_publica_internacional_indotel_lpi-001-2021.pdf

³⁴ Disponible en: https://indotel.gob.do/wp-content/uploads/2024/07/res_068_2024_declara_desierta_la_licitacion_publica_internacional_indotel_lpi_001_2023_signed.pdf

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

oferta presentada con los requerimientos técnicos exigidos, sin hacer ninguna mención a los topes de espectro. De lo anterior se colige, que los argumentos desarrollados no corresponden a una posición del INDOTEL (Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones) respecto a la existencia y validez de la aplicación de topes de espectro.

El segundo elemento por señalar es que, los argumentos esgrimidos en general son contradictorios entre sí, de tal forma que el objetante reconoce en relación con el presunto impacto de los topes en la concentración de espectro que: *“los topes de espectro buscan evitar la concentración del espectro”*, o bien en relación con la limitación a la competencia que: *“el objetivo de los topes de espectro es facilitar la entrada de nuevos jugadores”*. En ese sentido, las presuntas objeciones se basan en argumentos que hacen relación a los problemas que generan los topes mal establecidos, es decir a una mala definición de éstos, al indicar por ejemplo que *“si no se aplican correctamente, podrían favorecer la consolidación de empresas más grandes que pueden absorber a competidores más pequeños”*, sin embargo, se reitera que la Sutel tuvo especial cuidado en el diseño del tope, siendo que como se desprende del informe 05315-SUTEL-OTC-2024 se diseñó un mecanismo que atiende las necesidades específicas actuales del mercado costarricense, con un conocimiento amplio de la situación de tenencia de espectro de éste, así como en cumplimiento de los objetivos de política pública que se le definieron a la Sutel, a saber, el citado informe señala que el tope propuesto para el procedimiento concursal reúne las siguientes características:

“(…)

- *Es un tope de entrada y de asignación, es decir, que cumple la dualidad de establecer el valor máximo de tenencia de espectro que puede tener un operador para participar del proceso de licitación para un determinado tipo de banda de frecuencias³⁵; y a la vez define el monto máximo de espectro que cada operador puede llegar a tener al final del procedimiento concursal (incluyendo el espectro con que se contaba previamente).*
- *Es un tope que se aplica de manera independiente a los diferentes tipos de bandas de frecuencia bajas, medias y altas.*
- *Es un tope porcentual, lo que permite incorporar espectro disponible a futuro, ajustándose dinámicamente a la cantidad de espectro que finalmente se licite (...).”*

El tercer elemento para tener en consideración es que los argumentos del objetante se basan en presunciones generales que no se cotejan respecto de la realidad costarricense en materia de asignación de espectro IMT o de cara al procedimiento concursal, como se detallará más adelante en este documento.

Además, es importante hacer notar que el objetante pretende distorsionar lo indicado en el oficio número 05315-SUTEL-OTC-2024 en relación con el hecho de que el tope de espectro establecido atenta contra la eficiente asignación del recurso licitado.

El establecimiento de topes de asignación de espectro radioeléctrico requiere ponderar diversos objetivos de política pública, desde la eficiencia espectral, calidad de la experiencia de los usuarios finales, la promoción de la competencia, la mitigación de la concentración de espectro, la provisión de nuevos servicios, el establecimiento de condiciones favorables para los

³⁵ Para este procedimiento concursal se clasifican en: bandas bajas, por debajo de 1 GHz; bandas medias, entre 1 GHz hasta 6 GHz y bandas milimétricas, por encima de 6 GHz.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

potenciales operadores entrantes, entre otros, según lo dispuesto en los lineamientos de política pública definidos por el Poder Ejecutivo en el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT y comunicados a la Sutel mediante nota MICITT-DM-OF-416-2023.

En ese sentido, Sutel sí sopesó el efecto del tope en el nivel de eficiencia espectral y de competencia, en particular el informe 05315-SUTEL-OTC-2024 reconoce lo siguiente:

“De tal forma el establecimiento de dichos límites debe sopesar el cumplimiento de los objetivos de política pública, así como el efecto que el tope pueda tener sobre la competencia de largo plazo del mercado. Así, si los topes establecidos son muy restrictivos se podría obstaculizar el aprovechamiento de las economías de escala, disminuyendo la eficiencia espectral e impidiendo una mejora sustantiva de la experiencia de los usuarios finales, mientras que si los topes son muy laxos se corre el riesgo de afectar la competencia futura del mercado debido a la concentración de espectro y el impacto de la asimetría en los competidores del mercado.

Los topes de espectro pueden ser de diferente naturaleza, como bien lo plantea el MICITT en sus lineamientos, pueden ser de entrada o de asignación, y pueden establecerse a nivel general o absoluto, sobre la cantidad total de espectro que puede tener un operador, o bien sobre una determinada banda o sobre multibandas o macro bandas, sea sobre un conjunto de bandas que ofrecen características similares. Asimismo, los topes pueden ser duraderos o no, en el sentido de que el límite establecido en el momento de la adjudicación resulta aplicable a procesos de fusión y concentraciones posteriores.

*En el caso particular, es necesario tener en consideración que de los lineamientos emitidos por el MICITT se extrae que **al establecer las acciones para mitigar la eventual concentración de espectro radioeléctrico la Sutel debe lograr concurrentemente tanto mitigar la asimetría actual de espectro para sistemas IMT, como prevenir que el concurso mismo genere una concentración de espectro a futuro.***

***Se considera que dichos objetivos sólo pueden lograrse a través del empleo simultáneo de topes de entrada y topes de asignación. El tope de entrada es el que permite equilibrar la situación de asimetría existente de previo al procedimiento concursal, y el tope de asignación es el que permite prevenir que el concurso mismo genere una concentración de espectro a futuro”.** (Resalta intencional)*

Ahora bien, lo que el informe reconoce, es que, dependiendo de las decisiones de los eventuales interesados en participar en el proceso, podría quedar espectro disponible. Esto es una situación que no está asociada en sí misma al tope, si no a las decisiones de los agentes económicos de cara a su participación en el proceso, lo anterior es claramente lo que indica el informe 05315-SUTEL-OTC-2024, el cual reconoce lo siguiente: *“En el caso particular del tope propuesto se ha identificado que genera el riesgo de que exista un porcentaje de espectro, particularmente en el rango de bandas bajas, que podría quedar sin asignarse en caso de que ningún nuevo operador participe en el proceso y resulte adjudicado por dicho recurso, en caso de tener interés”.*

Debe resaltarse que, el procedimiento concursal contiene mecanismos alineados a los objetivos de política pública³⁶ definidos por el Poder Ejecutivo, con el fin de sopesar el riesgo de que quede espectro sin asignar, entre ellos, la opción de devolución de recurso concesionado para disminuir la cantidad de espectro asignado (cláusula 14.11), así como la existencia de una segunda fase regional donde se plantea colocar el espectro que no sea posible asignar en una primera fase nacional.

³⁶ Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT y oficio número MICITT-DM-OF-416-2023 particularmente, el lineamiento g) sobre acciones para mitigar la eventual concentración de espectro radioeléctrico, así como el lineamiento n) sobre disponer de espectro para redes regionales móviles.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Ahora bien, como se indicó en la sección previa, los lineamientos de política pública disponen que la Sutel debe considerar en el diseño del procedimiento concursal el ingreso de un eventual cuarto operador al mercado, y el tope se diseña incluyendo ese objetivo, así como otros objetivos de política pública que deben ser balanceados. Sin embargo, a pesar de la atención a las pautas del Poder Ejecutivo respecto a establecer condiciones favorables para el eventual ingreso de un nuevo operador, la decisión de su eventual ingreso no le corresponde a la Sutel, por tanto, el citado informe señala de forma transparente los riesgos que devienen de las decisiones de participación de los eventuales oferentes.

Contrario a lo indicado por el ICE, lo que sí atenta contra la eficiencia espectral es el acaparamiento de espectro por parte de un determinado agente del mercado, dado que se trata de espectro que se asigna a un participante que técnicamente no lo requiere y que, por tanto, corre el riesgo de no ser utilizado o de ser subutilizado y el solo hecho de que se encuentre asignado, limita las posibilidades de acceso al recurso escaso por parte de otros posibles interesados en su explotación y por ende limita los eventuales beneficios a los usuarios de disponer de más y mejores servicios. En ese sentido, el tope más bien se convierte en una garantía de que un determinado operador no oferte por más espectro del técnicamente necesario para llevar a cabo su despliegue de redes 5G con el objetivo de privar de dicho espectro a otros competidores del mercado, máxime en el caso del Grupo ICE que tal y como se detalló, mantiene una acumulación histórica de espectro, que le permite, sin acceder a nuevo recurso en bandas bajas y medias, la prestación de servicios a través de redes 5G mediante espectro que ha mantenido sin uso o ha utilizado de manera no eficiente.

En caso de que no se establezcan los controles respectivos, este tipo de decisiones pueden ser parte de la estrategia de un agente económico de cara a un procedimiento concursal. En este respecto, el recurso radioeléctrico tendría dos perspectivas de valor; en primer lugar, posee un valor de uso, que se relaciona con el valor del espectro para el despliegue de sus servicios, y como segunda consideración el valor estratégico de este recurso para privar a sus competidores de la posibilidad de tener acceso a espectro adicional y por ende atenta contra las condiciones de competencia del mercado.

Al respecto y de manera conveniente, el análisis planteado por el recurrente no aborda la situación de tenencia asimétrica del recurso escaso por parte del ICE y sus empresas. Por lo anterior, se considera que los argumentos del objetante no son de recibo.

Sobre el punto A) del ICE respecto *impactos socioeconómicos de incluir topes de espectro*

El objetante señala en su escrito que el establecimiento de topes de espectro tiene una serie de efectos negativos, en específico se refiere a las limitaciones a la inversión, efecto en la innovación, concentración de espectro, competencia limitada, regulación compleja, desigualdades regionales y efectos en la calidad del servicio, siendo dichas afirmaciones abstraídas del contexto de asignación de espectro a nivel nacional, donde el Grupo ICE, que a la fecha ya cuenta con suficiente espectro para el despliegue de redes 5G, no enfrentará las supuestas limitaciones, como se discute seguidamente.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Sobre el punto A subpunto 1: limitaciones en la inversión

Los argumentos del ICE respecto a que, cuando no existen suficientes recursos de espectro para que los operadores puedan expandir sus servicios puede llevar a que se replanteen los planes de inversión y se abandonen los mercados, son válidas, y precisamente son el justificante de la existencia del tope. En un mercado con un espectro IMT altamente concentrado como el costarricense según se detalló de previo, es necesario la toma de acciones para garantizar que todos los agentes del mercado puedan expandir sus servicios. A la fecha el objetante acumula un 79% del espectro en bandas bajas y un 66% del espectro en bandas medias, y esta situación es la que se ha convertido en una amenaza para la inversión según lo señalado por Sutel en distintas Opiniones³⁷: *“Una distribución asimétrica del espectro representa un riesgo significativo para la competencia, ya que para aquellos operadores móviles con una asignación de espectro menor pueden ver comprometida su capacidad de competir, no sólo por el costo adicional en materia de despliegue que representa el contar con menos espectro, sino también si el espectro asignado no les permite desarrollar redes con capacidades similares a las del operador que cuenta con más espectro, esto puede limitar la calidad y velocidad de los servicios ofrecidos, el acceso a determinados segmentos del mercado, por ejemplo redes privadas de clientes corporativos, y en última instancia podría poner a los operadores con menos espectro en una posición desventajosa en materia competitiva”*. Así, contrario a lo indicado por el ICE, el tope de espectro más bien en un mecanismo encaminado a facilitar la inversión de diferentes operadores en el mercado de telecomunicaciones costarricense.

Sobre el punto A subpunto 2: efecto en la innovación

Los argumentos indicados no guardan una relación directa con el tope, porque se refieren a la competencia basada en precios y no en calidades, así como a las desigualdades que se presentan en un mercado con agentes de diversos tamaños. Dado que estos argumentos generales no se refieren en modo alguno al tope, los mismos no resultan válidos para cuestionar la definición del tope de espectro propuesto por Sutel. Ahora bien, lo que sí resulta cierto, es que el tope es un mecanismo que fomenta más innovación en el mercado al garantizar que un mayor número de competidores puedan obtener acceso al espectro radioeléctrico como recurso esencial para el despliegue de redes 5G. La eliminación del tope, por el contrario, limitaría la innovación al facilitar prácticas de acumulación que van en perjuicio del desarrollo de nuevos servicios por parte de una diversidad de agentes en el mercado.

Sobre el punto A subpunto 3: concentración del espectro

El tope de espectro, contrario a lo indicado por el objetante, pretende disminuir la concentración del recurso en el mercado, es decir, procura mitigar la asimetría actual de espectro para sistemas IMT, así como prevenir que los resultados del concurso aumenten la concentración de espectro a futuro. Este mecanismo diseñado a su vez promueve el ingreso de nuevos competidores al garantizar que puedan acceder al espectro necesario para desplegar sus redes, de conformidad con el objetivo de política pública establecido por el Poder Ejecutivo en este sentido.

³⁷ Acuerdo 031-041-2021, que acoge el informe 04225-SUTEL-OTC-2021 de la DGCO; resolución RCS-284-2022, por la que se acogió el oficio 09228-SUTEL-OTC-2022 de la DGCO; y acuerdo 004-014-2023 del Consejo de la SUTEL, que acogió el oficio 01556-SUTEL-OTC-2023.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Sobre el punto A subpunto 4: *competencia limitada*

Como ya se señaló, resaltado tanto por la GSMA y reconocido por el propio objetante, el fin del tope es facilitar la entrada de nuevos operadores señalando en específico el informe número 05315-SUTEL-OTC-2023 que *“para garantizar otros lineamientos de política pública incluidos en la instrucción recibida, como pueden ser eficiencia espectral, condiciones de uso referentes a las bandas de frecuencias objeto de concurso y condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes, se considera que el establecimiento de topes por rangos de bandas sería una determinación más adecuada para reconocer las diferencias y necesidades específicas de los distintos tipos de bandas para el despliegue de 5G”*, añadiéndose que esto se hace porque *“un eventual cuarto operador que ingrese al mercado, requeriría contar con un portafolio de frecuencias bajas, medias y altas para tener una operación creíble de 5G, por lo cual la concentración en un determinado rango de bandas lo podría afectar a futuro”*. En cuanto a la posibilidad de que los nuevos entrantes no puedan acceder a espectro suficiente, esto no es algo que se pueda materializar en relación con el tope específico establecido, toda vez que el mismo permite a un nuevo entrante acceder al espectro técnicamente necesario para desplegar una red 5G³⁸. Mientras que el tope propuesto permite a cualquier operador acceder hasta la siguiente cantidad según bandas: bandas altas: hasta 1137,5 MHz; bandas medias: hasta 336 MHz; y bandas bajas: hasta 49 MHz. De tal forma los riesgos indicados no se materializarían en el presente procedimiento concursal.

Sobre el punto A subpunto 5: *regulación compleja*

En lo relativo al establecimiento de topes, como lo reconoce el informe 05315-SUTEL-OTC-2023, puede ser a nivel general (duradero) o bien a nivel específico para un determinado procedimiento concursal. Puntualmente, el objetante se refiere a los efectos provocados por topes generales. Sin embargo, se tiene que el mecanismo diseñado por la Sutel al ser un tope específico para el procedimiento concursal y no un tope general, no le atañen los elementos señalados en cuanto a los costos de implementación y supervisión, ya que no requiere vigilancia posterior por parte del regulador, y por este mismo motivo no genera cargas posteriores a las empresas en materia de cumplimiento.

Nuevamente queda claro que la argumentación del recurrente busca confundir y carece del respaldo respectivo para sus afirmaciones.

Sobre el punto A subpunto 6: *desigualdades regionales*

En relación con los presuntos riesgos de que el tope genere que los operadores se concentren en áreas urbanas, descuidando áreas rurales, se hace ver que no existe fundamento alguno en estas afirmaciones y en todo caso, se encuentra que este riesgo se mitiga en el presente procedimiento concursal, toda vez que en el diseño del pliego de condiciones, la Sutel incluyó en la sección *“77.4.1 Despliegue de infraestructura y condiciones mínimas del servicio”* los elementos necesarios para garantizar que el despliegue de los eventuales concesionarios alcance tanto áreas urbanas como rurales, con un especial énfasis a través de la banda de 700 MHz de llegar a las zonas no servidas del país y por medio del despliegue en bandas medias atender los distritos sub-servidos

³⁸ Nótese que las estimaciones previas de la industria indican que los requerimientos mínimos de espectro para despliegues 5G son los siguientes: bandas altas: 800 MHz a 1 GHz de espectro continuo; bandas medias: 80 MHz a 100 MHz de espectro continuo; y bandas bajas: 2x10 MHz. Lo anterior, según la GSMA (2019) en el informe *“5G Spectrum: Public Policy Position”* disponible en <https://www.gsma.com/connectivity-for-good/spectrum/wp-content/uploads/2022/06/5G-Spectrum-Positions.pdf>.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

en términos de cobertura de redes móviles nacionales. Asimismo, existe una segunda fase de la subasta que permite a operadores regionales poder optar por espectro para el desarrollo de redes locales, incluyendo zonas rurales.

Sobre el punto A subpunto 7: efectos en la calidad del servicio

En relación con la presunta posibilidad de que el tope limita la capacidad de los operadores para gestionar tráfico y que genere un servicio móvil ineficiente, se encuentra una vez más que el argumento no es válido, porque como se indicó de previo, el tope permite tanto a los operadores actuales como eventuales entrantes adquirir la cantidad de espectro técnicamente necesaria para prestar servicios 5G, mientras que en el caso del ICE y sus empresas se tiene que ya cuentan con dicha capacidad en bandas medias y bajas, como se señaló en una sección previa.

En cuanto a las bandas altas el ICE se encuentra en la posibilidad de acceder al procedimiento concursal como un oferente más para adquirir el espectro que requiera. A su vez, en relación con la calidad del servicio, también los supuestos riesgos indicados se mitigan en el presente procedimiento concursal toda vez que en el diseño del pliego de condiciones la Sutel incluyó en las secciones del “77. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO PARA CON LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE” los elementos necesarios para garantizar la calidad del servicio y la experiencia de usuario final, en función directa de anchos de banda de espectro requeridos para 5G y las velocidades mínimas establecidas.

Sobre el punto B) del ICE respecto al supuesto *impacto sobre la competencia y los usuarios*

En relación con los supuestos impactos de los topes de espectro para la competencia del mercado, se reitera que dichas afirmaciones se encuentran abstraídas del contexto de asignación de espectro a nivel nacional y carecen de respaldo. En este sentido, el objetante refiere tres elementos que presuntamente afectan el nivel de competencia en relación con el establecimiento del tope, en específico, reducción de la competencia del mercado, mayor concentración de mercado y desigualdad en la asignación del espectro, dichos argumentos se abordan a continuación:

Sobre el punto B.1 subpunto a: supuesta *reducción de la competencia en el mercado*

El ICE considera que es un actor clave en el mercado y que al impedirle participar de la licitación de espectro 5G por las disposiciones del control de concentración perdería un competidor relevante al salir el ICE del mercado. Sin embargo, los argumentos del objetante no encuentran sustento en la realidad actual de asignación de espectro, para lo cual se realiza el siguiente ejercicio con base en los requerimientos mínimos de espectro para el despliegue de una red móvil IMT de generaciones anteriores, más el recurso necesario para el despliegue de una red móvil 5G:

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Tabla 7. Requerimientos mínimos de espectro IMT

Tipo de Banda	Requerimiento Técnico Mínimo 3G-4G ³⁹	Requerimiento Técnico Mínimo 5G ⁴⁰	Requerimiento Técnico Mínimo Total	Espectro Actual Concesionado al ICE
Bajas	100 MHz	20 MHz	200-220 MHz	39,4 MHz
Medias		80-100 MHz		370 MHz
Altas	NA	800-1000 MHz	800-1000 MHz	*

*Ningún operador cuenta actualmente con espectro concesionado en bandas altas, el ICE puede participar del procedimiento concursal para adquirir espectro en bandas altas.

Fuente: Elaboración propia.

Lo anterior evidencia que el ICE no enfrenta un riesgo particular que le imposibilite la provisión de servicios 5G, por cuanto lo puede realizar a través del espectro que ya mantiene asignado. Es decir, a la fecha el ICE es un operador que ya está en la capacidad de desarrollar esta tecnología, siendo que incluso ya ha tomado las medidas para adquirir los equipos que le permitan desplegar dicha tecnología como lo evidencian los procesos de contratación 2023XE-000003-0000800001 para el “Aprovisionamiento e Implementación de redes 5G NR” promovido por RACSA y 2023XE-000023-0000400001 para la “Adquisición de bienes y servicios para la implementación de la red 5G entrega según demanda” promovido por ICE. Es importante indicar que, tal como se resaltó en el presente documento, RACSA ya posee homologado el contrato para la prestación del “SERVICIO DE INTERNET INALÁMBRICO FIJO”, según el acuerdo del Consejo de la Sutel número 029-042-2024.

En ese sentido, no se evidencia como lo manifiesta el objetante que el tope establecido en el presente procedimiento concursal lo vaya a excluir como competidor del mercado móvil.

Sobre el punto B.1 subpunto b: la supuesta *mayor concentración de mercado*

Señala el objetante que producto del tope los operadores privados tendrían la oportunidad de adquirir una mayor porción del espectro disponible y que este fenómeno podría generar una concentración de mercado. En relación con dicho argumento conviene recordar que actualmente el espectro IMT ya está concentrado en manos del ICE, quien a la fecha posee el 79% del espectro en bandas bajas⁴¹ y el 66% del espectro en bandas medias⁴². Justamente de esta distribución desigual del espectro es que resulta de cardinal importancia la aplicación del tope, así el informe 05315-SUTEL-OTC-2023 reconoce que “...este procedimiento concursal, dada la cantidad de espectro disponible para ser concesionado, tiene el potencial de reequilibrar la tenencia de espectro para servicios móviles IMT en el mercado costarricense. Pero, asimismo, y ante la falta de espectro IMT disponible para ser concesionado en el futuro, también genera el riesgo de perpetuar la situación de asimetría del mercado, de no incorporar las salvaguardas a la competencia necesarias, según lo requerido por el MICITT en sus lineamientos de política pública”. En ese sentido, permitirle participar al ICE por bandas medias y bajas sería preservar e incluso profundizar la situación de asimetría del mercado, nótese que, incluso aplicando el tope para el caso de bandas medias, los restantes operadores del mercado no

³⁹ UIT. (2008). *Requirements related to technical performance for IMT-Advanced radio interface(s)*. Report ITU-R M.2134, disponible en: https://www.itu.int/dms_pub/itu-r/opb/rep/R-REP-M.2134-2008-PDF-E.pdf. Al respecto, se refiere al ancho de banda recomendado para la operación óptima de sistemas IMT-Avanzados, de hasta 100 MHz considerando diferentes bandas de frecuencias.

⁴⁰ GSMA. (2019). *5G Spectrum: Public Policy Position*. Disponible en: <https://www.gsma.com/connectivity-for-good/spectrum/wp-content/uploads/2022/06/5G-Spectrum-Positions.pdf>

⁴¹ Considerando el espectro asignado en la banda de 850 MHz (39.4 MHz).

⁴² Considerando el espectro asignado en las bandas de frecuencias de 1800 MHz (40 MHz), 1900/2100 MHz (40 MHz), 2600 MHz (190 MHz) y 3500 MHz (100 MHz).

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

podrían llegar a la cantidad total de espectro que actualmente posee el ICE, ya que lo máximo que podrían alcanzar es el tope y a la fecha el ICE lo supera.

Sobre el punto B.1 subpunto c: la supuesta *desigualdad en la asignación del espectro*

Señala una vez más el objetante que el tope de espectro establecido lo llevaría a salir del mercado móvil. Sin embargo, como ya se indicó de previo, el tope establecido en el presente procedimiento concursal no genera riesgo de excluir como competidor del mercado móvil al ICE, ya que a la fecha dicho operador está en la capacidad de desarrollar esta tecnología con la cantidad de espectro que ya tiene concesionado. Asimismo, como ya se vio el tope tampoco aumenta las barreras de entrada para otros competidores, sino que por el contrario genera las condiciones para que dichos operadores puedan acceder al espectro que requieren para poder ingresar al mercado; en ese sentido contrario a lo indicado, el objetivo del tope es equilibrar la distribución de espectro del mercado. Además, conviene reiterar que, según lo establecido en la cláusula 14.11 del pliego de condiciones, el ICE está en la capacidad de realizar la devolución del espectro en la banda de su preferencia, esto a partir de su estrategia comercial y así reducir la asignación actual y poder participar del procedimiento concursal bajo estudio, para mayor claridad de seguido se extrae la cláusula referida:

“14.11. Si un Operador supera el valor del Control de Concentración de Espectro para alguna banda de frecuencias según la cláusula 14.9, y desea participar en el presente proceso como un Oferente, deberá presentar el comprobante que demuestre que ha solicitado ante el Poder Ejecutivo, a través del Viceministerio de Telecomunicaciones del MICITT, la renuncia irrevocable de la cantidad de espectro asignado para la prestación de servicios disponibles al público a través de sistemas IMT en algún rango de frecuencias dentro del tipo de banda respectivo, con el fin de cumplir con el valor Control de Concentración de Espectro establecido para los tipos de banda en que se encuentre excedido. Al respecto, previo la Recomendación de Adjudicación del Consejo de la Sutel según el Pliego de Condiciones, en caso de resultar Adjudicatario en el presente proceso, deberá haberse remitido por parte del Poder Ejecutivo el Acuerdo Ejecutivo de recuperación del espectro correspondiente para su debida inscripción en el Registro Nacional de Telecomunicaciones.”

De la cita anterior, queda más que claro que el ICE no estaría bajo ninguna condición excluido del procedimiento concursal, ya que el pliego de condiciones previó la posibilidad de que un operador, a partir de su estrategia comercial, decida proceder con la devolución del espectro en las bandas donde supera el tope establecido para poder participar por otros segmentos de frecuencias.

Sobre el punto B.2 del ICE respecto a las supuestas *consecuencias para los usuarios*

En relación con los supuestos impactos de los topes de espectro para los usuarios, el objetante refiere cuatro elementos en relación con este tema, los cuales son: que se tendrá una menor cobertura en zonas rurales y áreas menos rentables, que habrá posibles aumentos de los servicios, que se dará un impacto en la calidad de los servicios y que habrá menos opciones para los usuarios. No obstante, se reitera que dicha argumentación es infundada por cuanto no considera el estado actual de asignación de espectro en Costa Rica. En cualquier caso, estos argumentos se abordan a continuación.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Sobre el punto B.2 subpunto a: la supuesta *menor cobertura en zonas rurales y áreas menos rentables*

Tal como ya se señaló de previo, en relación con los presuntos riesgos de que el tope genere que los operadores se concentren en áreas urbanas, descuidando áreas rurales y esto aumente la brecha digital, se tiene que estos riesgos no derivan del control de concentración de espectro, sino de la posible búsqueda de maximización de la utilidad por parte de los operadores, aspecto que no se encuentra justificado ni fundamentado por parte del operador. En todo caso, el mismo se mitiga en el presente procedimiento concursal toda vez que en el diseño del pliego de condiciones la Sutel incluyó en la sección “77.4.1 Despliegue de infraestructura y condiciones mínimas del servicio” los elementos necesarios para garantizar que el despliegue de los eventuales concesionarios alcance tanto áreas urbanas como rurales, con un especial énfasis a través de la banda de 700 MHz de llegar a las zonas no servidas del país y por medio del despliegue en bandas medias atender los distritos sub-servidos en términos de cobertura de redes móviles nacionales.

Sobre el punto B.2 subpunto b: los *posibles aumentos en los precios de los servicios*

Señala una vez más el objetante que el tope de espectro establecido lo llevaría a salir del mercado móvil, sin embargo, como ya se indicó de previo, el tope establecido en el presente procedimiento concursal no genera riesgo de excluir como competidor del mercado móvil al ICE ya que a la fecha dicho operador que ya está en la capacidad de desarrollar esta tecnología con la cantidad de espectro que mantiene concesionado, más aún el Grupo ICE ya ha llevado a cabo acciones de comercialización de servicios 5G en el mercado⁴³, en ese sentido este no es un riesgo que se visualice como consecuencia del tope. Ahora bien, en cuanto a la indicación de que el ICE cumple una función reguladora y estabilizadora de precios del mercado, además de que el comentario no tiene asidero alguno y resulta muy conveniente para exacerbar los argumentos del recurrente, lo cierto es que el ICE, carece de competencias legales en materia de regulación del mercado, siendo que, el regulador del mercado de las telecomunicaciones es la Sutel y en caso de que se presente alguna situación que afecte la competencia, la Sutel cuenta con los instrumentos para abordar la misma.

Debe señalarse que el grupo ICE no queda excluido del mercado, siendo que el espectro con que cuenta a la fecha lo convierte en un operador que en la actualidad, sin requerir participar del proceso concursal, puede desplegar redes 5G y es la dinámica competitiva del mercado, lo que ha llevado a un mejoramiento de los precios de los servicios móviles, es decir, no es la acción individualizada del ICE.

En este respecto, también se rescata que el ICE no es el operador con los menores precios del mercado, como lo pretende hacer ver en su objeción, al indicar que su política de precios tiene “*un enfoque más social y accesible en su política de precios*”. La siguiente comparación de los precios actuales del mercado, evidencia que el argumento del ICE no es correcto:

⁴³ Consulta el 02-10-2024 en el siguiente enlace: https://www.kolbi.cr/wps/portal/kolbi_dev/5g-en-costa-rica/kolbi+5g

San Jose, 08 de octubre de 2024
08866-SUTEL-DGC-2024

Tabla 8. Comparación de los planes de precios postpago de los proveedores móviles del mercado en Costa Rica. Año 2024.

Operador	Plan	Cantidad GB	Precio
Kolbi	Ultra k1	10 GB	₡10.865
	Ultra k2	15 GB	₡15.228
	Ultra k3	20 GB	₡20.304
	Ultra k4	28 GB	₡28.427
	Ultra k5	Ilimitado	₡42.645
Liberty	Plan @1	12 GB	₡10.900
	Plan @1 plus	14 GB	₡13.500
	Plan @2	18 GB	₡16.500
	Plan @3	24 GB	₡22.500
	Plan @4	30 GB	₡27.700
	Plan @5	40 GB	₡33.700
Claro	Conexión 1	12 GB	₡10.970
	Conexión 2	16 GB	₡14.420
	Conexión 3	22 GB	₡19.810
	Conexión 4	28 GB	₡26.100
	Conexión 5	28 GB	₡36.660
	Conexión 6	Ilimitado	₡45.900

Fuente: Páginas Web operadores de telecomunicaciones, consultadas el 02-10-24.
 Elaboración propia.

Sobre el punto B.2 subpunto c: supuesto *impacto en la calidad de los servicios*

Señala una vez más el objetante que el tope de espectro establecido lo llevaría a salir del mercado móvil, sin embargo, como ya se indicó de previo el tope establecido en el presente procedimiento concursal no genera riesgo de excluir como competidor del mercado móvil al ICE, ahora bien es menester tomar en consideración que la calidad de los servicios que se ofrece en el mercado no depende del ICE, depende de la regulación establecida en la materia según las disposiciones del Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios (RPCS), adoptado por la Junta Directiva de la Aresep según el acuerdo número 06-04-2017 del 24 de enero de 2017, asimismo, contrario a lo indicado, según las mediciones de Sutel, el ICE no es el operador referente del mercado en materia de calidad como lo pretende hacer ver en su escrito⁴⁴. Por otra parte, como ya se indicó de previo, en el presente procedimiento concursal los supuestos riesgos indicados se mitigan en con las disposiciones del pliego de condiciones, en el cual, la Sutel incluyó en la cláusula del “77. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO PARA CON LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE”, los elementos necesarios para garantizar la calidad del servicio y la experiencia de usuario final.

44

Disponible en: <https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informescalidad/Informe%20Calidad%20Servicios%20Mo%CC%81viles%202023%20%28datos%202022%29.pdf>

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Sobre el punto B.2 subpunto d: supuestas *menos opciones para los servicios*

Señala una vez más el objetante que el tope de espectro establecido lo llevaría a salir del mercado móvil, sin embargo, como ya se indicó de previo, el control de concentración de espectro en el presente procedimiento concursal no genera riesgo de excluir como competidor del mercado móvil al ICE al contar con espectro suficiente desde ya para la provisión de servicios 5G. Asimismo el tope tampoco limita la cantidad de operadores que participan en el mercado, dado que este restringe la cantidad de espectro que puede acumular un único operador en perjuicio de los demás actores del mercado. Más bien debe tomarse en cuenta que, el tope de espectro promueve más opciones en cuanto a la provisión de servicios móviles, toda vez que una acumulación ineficiente de espectro impide que otros y nuevos competidores puedan acceder al espectro que requieren para desplegar sus redes.

Sobre el punto B.3 del ICE respecto a las supuestas *implicaciones a largo plazo para el desarrollo de 5G en Costa Rica*

El objetante señala dos elementos en relación con este punto, el retaso en la adopción de 5G, así como el freno a la innovación, los cuales igualmente se basan en la falsa premisa que ignora la asignación de espectro a nivel nacional, de que el ICE, al no poder participar por espectro en bandas bajas y medias, quedaría excluido del mercado. En todo caso, dichos argumentos se abordan a continuación.

Sobre el punto B.3 subpunto a: supuesto *retraso en la adopción de 5G*

Este argumento, nuevamente, se basa en que el tope de espectro establecido llevaría al ICE a salir del mercado móvil, sin embargo, como ya se indicó de previo, el tope establecido en el presente procedimiento concursal no genera riesgo de excluir como competidor del mercado móvil al ICE, quien a la fecha ya ha realizado las gestiones de contratación para brindar este servicio y se encuentra comercializando ya algunos servicios 5G, como se evidencia en su sitio Web⁴⁵. En cuanto a la priorización de las áreas por parte de los adjudicatarios del procedimiento concursal, como ya se indicó de previo, que dicho riesgo se minimiza en el diseño del pliego de condiciones en el cual se incluyó en la cláusula “77.4.1 Despliegue de infraestructura y condiciones mínimas del servicio” en relación con la cobertura que deberán desplegar los adjudicatarios en áreas no servidas y sub-servidas, incluyendo las zonas rurales.

Sobre el punto B.3 subpunto b: supuesto *freno a la innovación*

Dado que el tope no excluye al ICE de participar del despliegue de redes 5G como se ha visto, las condiciones de afectación a la competencia del mercado no son válidas en relación con los argumentos del ICE. Por el contrario, lo que sí puede afectar la innovación del mercado, es no contar con un mecanismo de control de concentración de espectro que permita que un determinado operador acumule más recurso del técnicamente necesario para el despliegue de sus redes, toda vez que esta situación sí privaría a otros operadores del mercado de acceder al espectro necesario para desplegar su red 5G.

⁴⁵ Consulta el 02-10-2024 en el siguiente enlace: https://www.kolbi.cr/wps/portal/kolbi_dev/5g-en-costa-rica/kolbi+5g.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Cabe señalar que, tal como se ha planteado en reiteradas ocasiones, el escenario de asignación de espectro IMT en nuestro país, muestra una clara asimetría en favor del ICE mantenida desde la apertura del sector, sobre lo cual esta Superintendencia ha llamado la atención del Poder Ejecutivo para la toma de acciones oportunas. Específicamente, como se detalló anteriormente en este documento, según lo dispuesto en el acuerdo del Consejo de la Sutel número 010-065-2022 del 22 de setiembre de 2022, donde recibió y acogió el oficio número 08359-SUTEL-DGC-2022 del 16 de setiembre de 2022, se brindó una comparativa de la tenencia de espectro promedio por operador móvil en un total de 46 de países de Europa y América, respecto a Costa Rica, determinándose que el Grupo ICE tiene asignaciones de espectro IMT, tanto desde la perspectiva del espectro total asignado a este operador, como el asignado en bandas medias, mucho mayor al promedio de los operadores a nivel mundial, así como con sus competidores directos en el mercado móvil nacional. Confirmando con esto que, el ICE posee suficiente espectro para el despliegue de redes móviles 5G.

Sobre el punto B.3, respecto a las ocho “objeciones técnicas atinentes al establecimiento del control de concentración de espectro” desarrollados de forma posterior al párrafo “El oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 sobre el cual la Sutel basa la fundamentación de la modificación de dichas cláusulas tiene serias omisiones, inconsistencias e incongruencias técnicas que se explican y fundamentan a continuación:”

Respecto a los ocho puntos destacados por el ICE sobre aparentes omisiones, inconsistencias e incongruencias técnicas en el oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023, procedemos a argumentar en el mismo orden lo siguiente:

Objeción 1 al oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023

El ICE manifiesta que el criterio técnico de la Sutel de trascendental importancia para la admisibilidad de los oferentes nunca fue puesto en consulta pública y no es hasta que la CGR solicita poner en conocimiento el fundamento del tope de espectro que se conoce, por lo cual es un criterio técnico donde los operadores de previo no pudieron realizar las observaciones técnicas y metodológicas pertinentes, siendo una decisión inconsulta con vicios sustanciales por omisiones, inconsistencias e incongruencias técnicas.

En primer lugar, el objetante no es preciso en su observación, el documento 05315-SUTEL-OTC-2024, como parte integral del pliego de condiciones del presente procedimiento concursal fue publicado en el sitio Web de la Sutel al momento de publicación del pliego de condiciones. En ese sentido, no es responsabilidad de la Sutel que el objetante no hubiera solicitado vía correo electrónico o revisado la totalidad de los documentos publicados en el sitio Web oficial dispuesto por la Sutel para el procedimiento concursal, sea: <https://Sutel.go.cr/pagina/concurso-espectro-5g>, donde dicho documento se publicó como anexo al pliego de condiciones del proceso 2024LY-000001-Sutel. Al respecto, desde la primera publicación del pliego de condiciones realizada en el Alcance N°134 de La Gaceta N°140 del 31 de julio de 2024, la Sutel fue explícita en informar a los interesados los medios para acceder al expediente de dicho procedimiento, como sigue:

“Las ofertas deberán presentarse por escrito, en formato digital y ser entregadas a través de un dispositivo de

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

almacenamiento (USB y/o CD/DVD) en las instalaciones de la Sutel o enviarlas al correo institucional gestiondocumental@Sutel.go.cr.

El pliego de condiciones no posee ningún costo, y puede ser descargado en el sitio WEB: <https://Sutel.go.cr/pagina/concurso-espectro-5g> o solicitarlo directamente al correo electrónico proveeduria@Sutel.go.cr."

Asimismo, en atención a este argumento, manifestamos que, es competencia de la Sutel, de conformidad con el artículo 12 de la Ley N°8642, la instrucción de los procedimientos concursales iniciados por el Poder Ejecutivo. En este sentido, corresponde a la Sutel dar cumplimiento a los objetivos de política pública definidos en el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT que, en el caso del concurso de referencia, corresponde a definir *"acciones para mitigar la eventual concentración de espectro radioeléctrico"*.

Adicionalmente, de conformidad con el inciso j) del artículo 73 de la Ley N°7593, es competencia del Consejo de la Sutel *"velar por que los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones"*, lo cual es consistente con el establecimiento de topes de espectro, según lo requerido por el Poder Ejecutivo, así como el principio de optimización de los recursos escasos de la Ley N°8642.

Sin perjuicio de lo anterior, no resulta aplicable el proceso de consulta pública sobre la determinación de las normas específicas de la contratación, siempre que exista el análisis técnico que sustente la definición de la fórmula. En este sentido, no se causa indefensión, pues los interesados en participar en el procedimiento concursal tienen oportunidad de impugnar mediante el recurso de objeción, como es el presente caso.

Asimismo, debe considerarse que siendo que la fijación de topes de espectro para la licitación de referencia tiene efectos particulares y exclusivos en el presente procedimiento concursal, no resultaba procedente someter a consulta pública el oficio mediante el cual se definieron estos topes, por cuanto la consulta pública resulta de aplicación únicamente en aquellos actos de alcance general según lo establece el artículo 361.2 de la LGAP. En consecuencia, no resulta procedente la objeción planteada.

Objeción 2 al oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023

El ICE manifiesta que el criterio de la Sutel se basa en el supuesto de que ingresará un cuarto operador (página 12, último párrafo) para establecer el porcentaje del 35%. Sin embargo, no justifica cómo se determina este cuarto operador. Sigue diciendo que, incluso en otros documentos técnicos de la Sutel se evidencia que no existe interés en un cuarto operador, por ejemplo en el documento *"Informe Final de la Sutel"* 01601-SUTEL-SCS-2023, se indica en la página 12 del apartado 2.5 sobre el interés de constituirse nuevos operadores de telecomunicaciones lo siguiente: *"Como se indicó anteriormente, de la tabla anterior se puede extraer que la intención de Coopeguanacaste y las demás empresas (Coopelesca, Coopealfaroruiz y Coneléctricas R.L.), no sería constituirse en operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público a nivel nacional, sino más bien regional, una figura que hoy en día no se ha utilizado en Costa Rica, al otorgar concesiones de frecuencias destinadas para sistemas IMT."* El ICE señala que, se demuestra que no existe una intención de un cuarto operador a nivel nacional y, por lo tanto, que el cálculo del 35% que esboza en el

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

documento número 05315-SUTEL-OTC-2023 carece de fundamento.

En relación con el argumento del ICE es menester tener en cuenta que la consideración sobre el ingreso de un cuarto operador no es antojadiza, sino que deviene de la instrucción en materia de política pública definida por el Poder Ejecutivo en lo relativo a “*condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes*”. En ese sentido, la previsión de la Sutel está sustentada en la política pública que se le ha instruido, que implica la determinación de que exista espectro suficiente para nuevos operadores en el mercado.

Adicionalmente, llama la atención que este argumento contrasta con lo expuesto previamente por el ICE respecto a que no se deben establecer restricciones en el procedimiento concursal que limiten el ingreso de nuevos operadores al mercado, como un mecanismo para aumentar la competencia y rivalidad del mercado. En consecuencia, el tope de espectro establecido desarrolla justamente los mecanismos para garantizar lo anterior.

Ahora bien, la eventual decisión de participación de los operadores actuales o nuevos en el procedimiento concursal no depende de la Sutel. La Sutel en el pliego de condiciones se limita a habilitar y establecer condiciones más favorables para promover el ingreso de nuevos competidores al mercado en consonancia con los objetivos de política pública. Razón por la cual, al existir un objetivo definido por el Poder Ejecutivo que llama a la promoción de nuevos competidores, es deber de la Sutel considerar esta situación en sus análisis y por ende en el diseño del pliego de condiciones.

Objeción 3 al oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023

El ICE manifiesta que ante el establecimiento de topes en el documento supuestamente inconsulto número 05315-SUTEL-OTC-2023 del 26 de junio del 2023, y el documento 01601-SUTEL-SCS-2023 del 24 de febrero de 2023, la Sutel conocía de antemano que no había interés de un cuarto operador a nivel nacional pero, aun así, de manera contradictoria, en el pliego dispone de cuatro operadores sin ningún fundamento, limitando al ICE su participación en el concurso por control de concentración de espectro.

En relación con este punto se solicita referirse a los argumentos desarrollados en el punto anterior. Adicionalmente se acota que, la limitación del ICE de participar en el concurso por bandas medias y bajas no deviene de la posibilidad de incluir a un cuarto operador en el cálculo, sino de la cantidad de espectro que dicho operador acumula a la fecha, siendo que no solo es el operador nacional que triplica o cuadruplica la tenencia de sus competidores, sino que su tenencia de espectro no tiene comparación a nivel internacional tal como se detalló en secciones previas.

Objeción 4 al oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023

El ICE manifiesta que la nota al pie de página de la página 11 del documento supuestamente inconsulto número 05315-SUTEL-OTC-2023 indica textualmente: “*Ya que un eventual cuarto operador que ingrese al mercado, requeriría contar con un portafolio de frecuencias bajas, medias y altas para tener una operación creíble de 5G, por lo cual la concentración en un determinado rango de bandas lo podría afectar a futuro*”; sin embargo, en el pliego de condiciones las bandas altas (superior a los 6GHz) según la fórmula

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

usada el tope no está para más de 3 operadores.

La objeción del ICE deviene de un error de interpretación en la forma en que opera el tope de espectro definido. El tope lo que plantea es un nivel máximo de tenencia de espectro que puede poseer un determinado operador, y no que esa tenga que ser la cantidad de espectro asignada al final del procedimiento a cada oferente ganador, es decir, el tope no pretende que un operador llegue a ese nivel de espectro, tampoco pretende que el mercado alcance una distribución igualitaria, como parece interpretarse de la objeción del ICE, sino simplemente, plantea que un operador no puede superar el límite establecido (considerando tanto el espectro ya concesionado como el que resulte adjudicado durante el procedimiento), como un mecanismo para buscar la competencia efectiva con condiciones más equitativas y la existencia de suficiente espectro para el desarrollo de las redes y los servicios de los distintos participantes del mercado, así como para dar cumplimiento a los objetivos de política pública establecidos por el Poder Ejecutivo.

En ese sentido, usando el ejemplo de las bandas altas planteado por el objetante, los operadores podrían decidir no participar por este espectro, optar por un bloque de 400 MHz o bien ofertar por el máximo posible (850 MHz), siendo que el espectro disponible sería suficiente para cuatro operadores, garantizándoles a todos el recurso necesario para desplegar su red. Así las cosas, se insiste que ninguna de esas situaciones es afectada por el tope.

Esto quiere decir, que la distribución del espectro que alcance el mercado una vez finalizado el procedimiento concursal dependerá de las decisiones específicas de cada operador de cara a la subasta, y la misma no está predefinida por el tope. El tope simplemente previene que un único operador oferte por una cantidad de espectro más alta de la necesaria, impidiendo a otros competidores acceder a este recurso esencial.

Objeción 5 al oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023

El ICE manifiesta que el documento número 05315-SUTEL-OTC-2023 no desarrolla la fórmula con la cual determinan el 35%. Asimismo, indica que se usa una variable denominada Ck, en la cual k corresponde a la cantidad de proveedores de servicio, en donde por un supuesto de Sutel asignan K=4 cuando ya se estableció en puntos anteriores que no hay intención de que un cuarto operador ingrese en la fase 1.

Respecto a estos argumentos se indica que, en el oficio 05315-SUTEL-OTC-2024 se detalla específicamente la fórmula, criterios y justificación utilizados para la determinación del tope de espectro, así en cuanto al índice de concentración C-k dicho informe establece lo siguiente: *“Razón de la concentración de k-empresas (C-k): este índice mide las participaciones acumuladas de firmas más grandes”.*

Así en la razón de concentración de k-empresas (C-k) las proporciones de concentración se calculan a partir de las participaciones de mercado individuales de las principales empresas del mercado. Si son 3 empresas, se denota como CR3, si son 4 como CR4, y así sucesivamente. Como sigue:

$$C-k: \sum_{i=1}^k \alpha_i$$

Donde:

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

α_i , es la participación del i-ésimo agente económico, y
k es el número de empresas para las cuales se define la razón.

En cuanto a los criterios y fundamentos que llevaron a seleccionar el indicador C-k los mismos están claros en el informe 05315-SUTEL-OTC-2024, donde se destaca lo siguiente:

“Del análisis detallado de dichos índices se considera que tanto el HHI como los índices de dominancia resultan adecuados para situaciones en las que ocurre un único evento que cambia la situación de concentración del mercado, como puede ser el caso de una fusión o adquisición o una cesión de espectro, sin embargo, resultan menos adecuados para circunstancias en las cuáles se producen una serie de cambios simultáneos en el mercado, como lo que produciría el procedimiento concursal al cambiar simultáneamente la participación de diversos agentes en el mercado.

En ese sentido, el indicador de concentración C-k resulta más adecuado para reflejar una situación de cambio dinámico como la que genera el procedimiento concursal, ya que permite definir un límite específico para las k-empresas del mercado independientemente de la reconfiguración que se pueda presentar en la atribución de espectro entre los diferentes agentes del mercado.

El índice CR1, conocido como líder, y los índices CR2, CR3 y CR4 son indicadores de concentración de un mercado que representan la porción de mercado que ostenta el líder del mercado o un número determinado de empresas que cuentan con las mayores participaciones de mercado”.

En cuanto al cálculo, los criterios y la justificación utilizados para determinar el porcentaje de concentración de espectro, el oficio 05315-SUTEL-OTC-2024 destaca con claridad lo siguiente:

“La razón C-k puede ser estimada para cualquier k número de empresas, a partir de la definición del k número de empresas se define un rango de referencia a partir del cuál se puede considerar si el mercado está concentrado o no. En el caso particular se utilizará un total de 4 empresas, al considerar que en el mercado actualmente existen 3 operadores móviles de red y que entre los objetivos de política pública el MICITT ha definido que se deben establecer “condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes”, por lo cual se considera en el cálculo el ingreso de un eventual 4 operador móvil de red al mercado, y para un mercado configurado por 4 operadores se estimará el índice de concentración para el líder del mercado. (...)

Como se indicó previamente para definir el porcentaje del tope se considera la relación de concentración Ck, para un total de cuatro operadores (considerando la posibilidad de que ingrese un nuevo entrante al mercado), estimado para el líder del mercado. De tal forma que se establece un porcentaje máximo de concentración para dicho líder que coincide con el nivel de participación planteado para considerar que el indicador C4 arroja un nivel de concentración de mercado bajo. Este porcentaje es de 35%”.

Nótese que, en el caso de índices de concentración, una vez calculado el índice a partir de las fórmulas previamente detalladas, lo que se emplea es un rango o límite a partir del cual se ha sobrepasado el nivel de concentración deseada.

En el caso particular, el informe número 05315-SUTEL-OTC-2024 considera un mercado con 4 agentes, 3 actuales y un posible entrante (según las disposiciones de política pública en el Acuerdo Ejecutivo N°031-2023-TEL-MICITT), y se estima el nivel de espectro máximo para “el líder del mercado”, es decir, el nivel de concentración máximo de C-1 en un mercado de 4 participantes.

En términos generales, un C-k inferior al 40% se considera que corresponde con un mercado competitivo, un C-k entre 40% y 60% se considera corresponde a mercados oligopólicos con

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

niveles medios de concentración, un C-k superior al 60% e inferior al 100% se considera corresponde a un mercado oligopólico con niveles altos de concentración y si equivale al 100% se trata de un monopolio. Siendo que, en el caso de bandas bajas, se está ante una concentración del líder del mercado, que es el ICE, del 79%⁴⁶ y para el caso de bandas medias el 66%⁴⁷, es claro que el espectro IMT muestra altos niveles de concentración, tanto a nivel nacional como internacional según el análisis realizado en apartados anteriores, y por tanto el uso de herramientas de control de espectro resulta no solo adecuado sino también necesario ante la situación de concentración de espectro señalada, como una medida para equilibrar la distribución de espectro en el mercado nacional.

El nivel de 35%, como lo señala el informe 05315-SUTEL-OTC-2024, se obtiene de trabajos teóricos previos de Bain (1959) y Miller (1967), así como de las definiciones de guías en materia de concentración económica previamente emitidas por el Federal Trade Commission y el Department Of Justice en Estados Unidos que plantean previsiones específicas para impugnar concentraciones donde se incremente la concentración en un 1% en las cuales se cree o refuerce el poder de mercado de una única empresa dominante *“cuando la empresa líder tenga una participación de mercado de al menos el 35 por ciento y sea aproximadamente dos veces más grande que el de la segunda empresa más grande del mercado”*⁴⁸.

En ese sentido, el 35% corresponde a un límite que deviene de referencias internacionales, el cual, como se analiza en el documento, es consistente con otras mediciones y previsiones en materia de competencia económica. Por ejemplo, la Comisión Europea que plantea este nivel está por debajo del 40%, o las últimas previsiones emitidas por la Estados Unidos en 2023 bajan este nivel a 30% indicando que *“sin intentar especificar la cuota de mercado más pequeña que aún se consideraría que amenaza con una concentración indebida, tenemos claro que el 30% presenta esa amenaza”*⁴⁹.

Así, el límite del 35% no deviene de un cálculo propio, sino de una referencia internacional en materia de competencia económica para casos de concentración.

En cuanto al argumento de que existe una inconsistencia en el tope, al presuntamente haberse calculado para tres operadores, se indica que no existe una contradicción entre el tope establecido de espectro y la cantidad de operadores del mercado. El tope lo que plantea es un nivel máximo de tenencia de espectro que puede poseer un determinado operador, y no que esa tenga que ser la cantidad de espectro asignada al final del procedimiento a cada oferente ganador, es decir, el tope no pretende que un operador llegue a ese nivel de espectro, tampoco pretende que el mercado alcance una distribución igualitaria, como parece interpretarse de la objeción del ICE, sino simplemente, plantea que un operador no puede superar el límite establecido (considerando tanto el espectro ya concesionado como el que resulte adjudicado durante el procedimiento), como un mecanismo para buscar la competencia efectiva con condiciones más equitativas y la existencia de suficiente espectro para el desarrollo de las redes y los servicios de los distintos participantes del mercado, así como para dar cumplimiento a los

⁴⁶ Considerando el espectro asignado en la banda de 850 MHz (39.4 MHz).

⁴⁷ Considerando el espectro asignado en las bandas de frecuencias de 1800 MHz (40 MHz), 1900/2100 MHz (40 MHz), 2600 MHz (190 MHz) y 3500 MHz (100 MHz).

⁴⁸ FTC & DOJ. (1982). *Merger Guidelines*. USA.

⁴⁹ FTC & DOJ. (2023). *Merger Guidelines*. USA.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

objetivos de política pública establecidos por el Poder Ejecutivo.

Esto quiere decir, que la distribución del espectro que alcance el mercado una vez finalizado el procedimiento concursal dependerá de las decisiones específicas de cada operador de cara a la subasta, y la misma no está predefinida por el tope.

Objeción 6 al oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023

El ICE manifiesta que el documento número 05315-SUTEL-OTC-2023 establece dentro de su lineamientos el siguiente elemento a ser considerado por la Sutel, que dice textualmente: *“Considerar en las medidas a implementar para este proceso licitatorio, no solamente la condición registral de las bandas asignadas a cada operador que participe en el concurso, sino también la naturaleza de cada banda de frecuencias, y la posibilidad de definir técnicamente topes de espectro diferenciados para cada gama o rango (bandas bajas, medias y altas).”* Continúa el ICE diciendo que, en dicho documento, la Sutel no realiza esa diferenciación entre bandas para la asignación de los topes de espectro por oferente. Sino que asigna un mismo porcentaje de tope para las 3 bandas, con lo cual se afecta la asignación eficiente del espectro.

La objeción del recurrente parte de un error de interpretación, ya que, efectivamente sí existe un tope diferenciado por banda que se calculó con base en la cantidad específica de espectro asignado para el tipo de banda, es decir, existe un tope de 49 MHz para las bandas bajas, de 336 MHz para bandas medias y de 1137,5 MHz para bandas altas.

Un tope general o no diferenciado por banda tomaría el total de espectro IMT asignado y disponible para establecer una única cantidad global de espectro que no se podría superar por parte de un operador, lo cual no es el caso del tope definido por la Sutel, que hace una diferenciación entre las bandas, estableciendo cantidades máximas que no se pueden sobrepasar en cada una de estas.

Ahora bien, la Sutel emplea un único porcentaje máximo de acumulación de espectro permitido para la estimación de dichos topes, lo cual se hace porque se considera que no existe justificación para definir porcentajes diferenciados entre bandas, toda vez que el porcentaje definido lo que plantea es un nivel a partir del cual se considera que la concentración de espectro del mercado puede afectar el nivel de competencia.

En relación con el argumento de que el tope se calcula con base a cuatro operadores en bandas bajas y medias, así como, a tres operadores para bandas altas, como se explicó de previo, este argumento parte de un error de interpretación del ICE. Ya que el ICE no comprende la aplicación del mecanismo de control de concentración de espectro como un límite máximo, sino que según lo que detalla en su objeción lo asume como una cantidad a la que deben llegar los adjudicatarios del procedimiento, por lo que las afirmaciones de este operador son igualmente erróneas, y solamente le permiten alcanzar argumentaciones que le resulten convenientes obviando la situación de asignación del espectro en el mercado. En ese sentido, no existe ninguna inconsistencia en lo desarrollado por la Sutel en el informe número 05315-SUTEL-OTC-2023.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Objeción 7 al oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023

En relación con lo manifestado por el ICE respecto a no considerar 70 MHz en las banda de 2600 MHz y 20 MHz en la banda de 1900/2100 MHz en la sumatoria del espectro que tiene concesionado, indicamos lo siguiente: sobre los primeros 70 MHz, a partir de la información publicada por medios nacionales⁵⁰, la Sutel tiene conocimiento de la existencia de las resoluciones N°007-23-R-TEL-MICITT y N°008-2023-R-TEL-MICITT, en las cuales, en apariencia, se resuelve el procedimiento administrativo en contra del ICE por el supuesto no uso del espectro en la banda de 2600 MHz. Sin embargo, dichos actos no han sido notificados formalmente a la Sutel por parte del Poder Ejecutivo, por lo que tampoco han sido incorporados en el Registro Nacional de Telecomunicaciones (RNT). Igualmente, en prensa⁵¹ ha trascendido la posible impugnación por parte del ICE a la citada resolución N°007-23-R-TEL-MICITT, esto también manteniéndose sin conocimiento formal por parte de esta Superintendencia.

Al respecto, mediante correo electrónico del 1° de octubre de 2024 se solicitó al MICITT referirse a lo manifestado por el ICE, siendo que, dicho ministerio respondió el 2 de octubre de 2024 por la misma vía lo siguiente: *“De acuerdo a lo consultado, efectivamente la resoluciones **aún no han sido notificadas al RNT por cuanto se encuentra pendiente de resolver el recurso interpuesto por el ICE** contra el dictado del acto final del procedimiento administrativo, sea contra la resolución 007-2023-R-TEL-MICITT. En cuanto el Poder Ejecutivo resuelva mediante resolución firme dicho recurso, procedemos a notificar todos los actos para su comunicación al Registro. como corresponda.”* (Resaltado es intencional)

Cabe resaltar que, en caso de que las referidas resoluciones alcancen firmeza, conforme al artículo 22 de la Ley N°8642, el Grupo ICE estaría imposibilitado para mantener nuevas concesiones para uso y explotación de frecuencias, por un plazo mínimo de tres años y máximo de cinco años, contado a partir de firmeza de dichos actos, por lo tanto, existiría un impedimento para su participación en procesos concursales, según se extrae a continuación:

“El titular de la concesión cuya resolución haya sido declarada por incumplimiento grave de sus obligaciones, estará imposibilitado para mantener nuevas concesiones de las previstas en esta Ley, por un plazo mínimo de tres años y máximo de cinco años, contado a partir de firmeza de la resolución.”

En consecuencia, nuevamente es claro que el ICE busca confundir en sus argumentaciones dado que es conocedor que presentó un recurso contra el acto final del citado procedimiento administrativo y la no firmeza de tal resolución.

En lo relativo a la interferencia indicada por el ICE, en la banda de 2100 MHz, dicha gestión no ha culminado en modificación alguna a los títulos habilitantes otorgados a dicho Instituto, razón por la cual, la contabilización del espectro asignado es correcta y se mantiene asociada a los títulos habilitantes vigentes. En todo caso se reitera que la supuesta existencia de interferencias no implica la modificación automática de las asignaciones vigentes, y estos procesos no son objeto del procedimiento concursal bajo estudio.

⁵⁰ Publicaciones en los siguientes enlaces: <https://www.crhoy.com/tecnologia/ice-pierde-70-mhz-de-banda-media/> y <https://www.crhoy.com/tecnologia/ice-confirma-que-no-podra-participar-en-licitacion-por-bandas-medias-para-5g/>

⁵¹ Publicación en el siguiente enlace: <https://www.crhoy.com/tecnologia/sigue-en-analisis-reclamo-del-ice-tras-perder-70-mhz-del-espectro-radioelectrico/>

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Se insiste en que, el anexo 1 del pliego de condiciones, es preciso al tomar en cuenta la cantidad de espectro concesionado para IMT al basarse en actos que, a la fecha de la publicación del pliego de condiciones, se encuentran en firme conforme con al Registro Nacional de Telecomunicaciones (RNT).

Cabe señalar que, tal y como se refirió en secciones anteriores, la cláusula 14.11 del pliego de condiciones, es expresa en señalar la posibilidad que tienen los concesionarios de realizar una devolución de espectro con el fin de cumplir con el valor del control de concentración del espectro radioeléctrico, razón por la cual, no existe limitación alguna para que el ICE pueda hacer las valoraciones correspondientes y eventualmente decida proceder con la renuncia de algún segmento de espectro para optar por las bandas de espectro disponibles en el procedimiento concursal de referencia.

Objeción 8 al oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023

En relación con este punto, el ICE desarrolla contenido bajo cinco secciones o títulos los cuales se detallan a continuación.

Sobre Situación Actual del Proceso de Asignación de Espectro por Sutel y la Evaluación del Nivel Sigma en el Proceso de Asignación

Sobre este particular, debe señalarse que, de conformidad con las competencias establecidas en los artículos 7, 8 y 10 de la Ley N°8642, así como, los artículos 2 inciso c), 39 inciso b) y 40 de la Ley N°8660 le corresponde al Poder Ejecutivo en la rectoría del MICITT la planificación estratégica del espectro radioeléctrico, siendo que, la intervención de la Sutel se da a partir de dicha planificación y en el marco de lo establecido en el artículo 11 y siguiente de la Ley N°8642, es decir, una vez que el Poder Ejecutivo instruye a esta Superintendencia llevar a cabo el procedimiento concursal, ya se ha dado ese proceso previo de planificación.

Así las cosas, en relación con los argumentos planteados por el ICE respecto a las deficiencias en la planificación del espectro, estos se escapan de la definición del pliego de condiciones en cuestión. Además, independientemente de la supuesta demora en la asignación de espectro IMT según las instrucciones que debe girar el Poder Ejecutivo, el procedimiento actual es válido y no requiere ser rediseñado, máxime que eso acrecentaría la demora en la asignación de espectro, en perjuicio de los usuarios finales y la competitividad del país.

Respecto a lo manifestado por el ICE sobre que *“409.4 MHz ya estaban asignados al ICE y fueron adaptados por la Sutel en un documento del año 2009”* debe señalarse que la Sutel no es competente para *“adaptar”* concesiones, tampoco participó con recomendaciones puntuales en el procedimiento de adecuación realizado en el año 2009 en vista de que el Poder Ejecutivo no consideraba a la Sutel como parte del procedimiento. Por lo tanto, la Sutel no adaptó las asignaciones IMT del ICE mantenidas desde la resolución RT-24-2009-MINAET, acto que se encuentra pendiente de revisión según lo instruido por la CGR en el informe N°DFOE-IFR-IF-6-2012 de 30 de julio de 2012, y los acuerdos adoptados por el MICITT y la Sutel, a pesar de que esta Superintendencia emitió oportunamente los dictámenes técnicos requeridos:

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

- 4629-SUTEL-DGC-2012 reiterado por 05726-SUTEL-DGC-2016 del 4 de agosto de 2016, Acuerdo 025-043-2016 (06705-SUTEL-SCS-2015).
- 04083-SUTEL-DGC-2015 del 3 de setiembre de 2015, Acuerdo 022-049-2015 (06576-SUTEL-SCS-2015).
- 6417-SUTEL-DGC-2015 del 11 de setiembre de 2015, Acuerdo 027-050-2015 (06705-SUTEL-SCS-2015).
- 6623-SUTEL-DGC-2015 del 18 de setiembre de 2015, Acuerdo 013-051-2015 (06967-SUTEL-SCS-2015).
- 6415-SUTEL-DGC-2015 del 11 de setiembre de 2015, Acuerdo 014-051-2015 (06972-SUTEL-SCS-2015).

Al respecto, conviene destacar del informe N°DFOE-CIU-IF-00008-2022 de 12 de octubre de 2022 lo siguiente:

“2.3. El Poder Ejecutivo, a través de la Rectoría de Telecomunicaciones, no ha concluido las acciones efectivas y necesarias para garantizar un uso eficiente del espectro radioeléctrico y su desarrollo. En este sentido, se evidenció que en más de diez años (10), dicha rectoría no ha efectuado de forma oportuna los procedimientos administrativos o mecanismos ante la notificación de uso no eficiente de espectro por parte de la Sutel; además que, en dicho plazo no ha recuperado el espectro para el desarrollo de servicios IMT e IMT-2020 (conocido como 5G), todo lo cual se detalla seguidamente.”

En este sentido, la Sutel fue oficiosa en atender lo instruido por la CGR y acordado con el MICITT, así como ha sido insistente en la necesidad de planificar la asignación de espectro IMT de cara a la demanda creciente en el país y el mundo entero, conforme a las mejores prácticas internacionales. La planificación permite realizar procedimientos ordenados y oportunos de forma tal que se realicen las gestiones necesarias con la antelación requerida para la reasignación, extinción, no prórroga de concesiones y permisos, entre otros, para lograr contar con el espectro disponible para otros propósitos como el despliegue de las IMT. En todo caso, se reitera que ninguno de estos elementos resulta procedente en relación con el proceso de objeciones cartelarias en el cual nos encontramos.

Además, la Sutel ha recomendado en numerosas ocasiones al Poder Ejecutivo, la planificación correspondiente a través de Cronogramas de Asignación de Espectro⁵², a partir de la cual el citado Poder ha adoptado algunas recomendaciones emitidas por la Sutel y las ha incluido en Planes Nacionales de Desarrollo de las Telecomunicaciones, sin embargo, tal como evidenció la CGR en su informe N°DFOE-CIU-IF-00008-2022, los procedimientos en manos de la administración central se han dilatado pese a la insistencia de este órgano regulador⁵³. No obstante, se reitera que mediante el procedimiento concursal en cuestión se mitiga la demora en la asignación de espectro IMT.

Así las cosas, a través del procedimiento concursal en cuestión la Sutel ha destinado todo el recurso disponible conforme a lo instruido por el Poder Ejecutivo para sistemas IMT. En todo caso, el análisis realizado por el ICE en este respecto no corresponde a la discusión procedente en términos de objeciones cartelarias, tal y como se hizo ver al inicio del presente informe.

⁵² Acuerdos del Consejo números 033-040-2019 del 27 de junio de 2019 (informe 05348-SUTEL-DGC-2019), 020-076-2019 de 25 de noviembre de 2019 (informe 10425-SUTEL-DGC-2019) y 014-045-2020 del 19 de junio de 2020 (informe 05071-SUTEL-DGC-2020).

⁵³ Informes disponibles en el sitio Web de la Sutel en: <https://www.sutel.go.cr/pagina/frecuencias-servicios-moviles>.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Sobre Riesgos de Ineficiencia en la Asignación del Espectro y Respuesta de la Sutel y Evidencia de Riesgos

Inicialmente conviene señalar que, el eventual riesgo para la asignación de la totalidad del recurso por subastar, en caso de que un cuarto operador con cobertura nacional no participe en la subasta, se mitiga mediante la asignación de espectro en la segunda fase dispuesta, de manera que el recurso remante se pondrá nuevamente a disposición de otros interesados regionales.

Cabe recordarse que, la asignación del recurso debe necesariamente orientarse a cumplir con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente. En este sentido, se reitera que:

- La asignación y utilización del espectro debe ser eficiente asegurando la competencia efectiva en el mercado.
- Deben existir herramientas regulatorias para asegurar la equidad, evitar prácticas colusorias y la tenencia ineficiente de espectro, en línea con el principio de optimización del recurso escaso.
- Se tiene que garantizar que el espectro sea asignado a aquellos usuarios que mejor uso le vayan a dar (asignación eficiente).

Dichas condiciones deben ser analizadas en cada oportunidad según el contexto nacional actual, para el caso presente se tiene constancia que el ICE:

- Mantiene una alta concentración de espectro.
- No ha logrado emplear la totalidad de espectro que tiene concesionado.
- Ha dispuesto emplear distintos bloques de espectro por regiones en lugar de reutilizar los mismos segmentos de frecuencias en todo el país.
- El 79% del recurso en bandas bajas está concesionado al ICE.
- La banda de 2600 MHz se encuentra concentrada en el ICE (en contraposición de los principios de la ciencia y la técnica) pese a que dicho recurso internacionalmente es comúnmente utilizado por varios operadores, adicionalmente, se ha demostrado un uso no eficiente y parcial de esta banda.
- RACSA, una empresa del grupo de interés económico al que pertenece el ICE, es la única empresa que tiene concesionado espectro en 3500 MHz, la cual corresponde a la banda con mayorías economías de escala en cuanto al despliegue de redes 5G a nivel mundial⁵⁴.

⁵⁴ Ver documento adjunto denominado "5G Market Snapshot. September 2024" elaborado por la GSA, donde se detalla en la página 4 que las disposiciones de bandas de frecuencias n77 y n78 (3500 MHz según la estandarización realizada por la 3GPP) son las que presentan mayor cantidad de desarrollos de redes 5G alrededor del mundo.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

- El ICE cuenta con espectro suficiente para la implementación de redes 5G en bandas bajas y medias, las cuales mantiene concesionadas en condición de no uso o con un uso parcial⁵⁵.

Por lo tanto, no se visualiza cómo, conforme al ordenamiento jurídico vigente y las condiciones actuales del mercado, la adquisición de espectro adicional por parte del ICE en el presente procedimiento concursal pueda contribuir a la asignación y uso eficiente del espectro, siendo que, mantiene una clara asimetría en la asignación del espectro e históricamente no se ha logrado revertir las condiciones de asignación y uso no eficiente por parte del ICE.

Adicionalmente, debe manifestarse que el ICE confunde la asignación eficiente dispuesta por el ordenamiento, asumiendo la eficiencia como la asignación total del recurso por subastar en cada procedimiento, indistintamente de las condiciones actuales del mercado de las cuales se ha hecho referencia, así como, el aseguramiento de la competencia efectiva, y el cumplimiento de las funciones de la Sutel desde la perspectiva de “*velar por que los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria, de manera tal que tengan acceso todos los operadores y proveedores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones*”. Además, se reitera que no establecer controles de concentración de espectro podría implicar la acumulación del recurso por parte de un solo operador, limitando el despliegue de redes de otros operadores, así como la prestación de más y mejores servicios a los usuarios finales, según se detalló en secciones anteriores.

Respecto a lo manifestado por el ICE sobre que se “*(...) sugiere una aceptación de la posible materialización de ciertos riesgos, sin considerar acciones de mitigación o planes de contingencia. Esto refleja la ausencia de una gestión robusta de riesgos en el proceso de subasta, incluyendo análisis de sensibilidad y riesgo, cruciales dada la magnitud de los recursos involucrados*”, es preciso indicar que, tal y como fue señalado, la materialización de algunos de estos riesgos dependen de las determinaciones específicas de los participantes del mercado y el pliego de condiciones establece opciones para promover una mayor participación, tanto de nuevos operadores, como de los actuales que están en la posibilidad de aplicar la cláusula 14.11 del pliego de condiciones para la eventual devolución de recurso asignado y optar por nuevo espectro dentro del procedimiento concursal. Asimismo, tal y como ha sido señalado existe una segunda fase del procedimiento concursal que busca de manera consistente con los objetivos dispuestos por el Poder Ejecutivo en la instrucción, la colocación del espectro remanente de la primera fase en asignaciones regionales.

En todo caso, la eventual materialización de riesgos no permite desconocer la situación de asignación asimétrica de espectro en el mercado nacional y de ninguna forma podría, como lo pretende el ICE, culminar en asignaciones de espectro, que aumenten el nivel de concentración del recurso, perpetuando condiciones que según se ha expuesto, son nocivas para la sana competencia del mercado. Por lo anterior, se insiste en que el Poder Ejecutivo fue claro en sus objetivos, respecto a que la asignación del recurso escaso no permita su concentración, por lo que igualmente se estaría atentando contra los objetivos del procedimiento concursal.

Sin perjuicio de lo anterior, de quedar espectro sin asignarse, considerando el contexto nacional actual, mediante las condiciones del pliego, se estaría dando cumplimiento a una asignación y uso eficiente del espectro propiciando la competencia efectiva en el mercado. Considérese que,

⁵⁵ Informes disponibles en el sitio Web de la Sutel en: <https://www.sutel.go.cr/pagina/frecuencias-servicios-moviles>

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

de quedar espectro remanente luego de procedimiento actual, este estaría disponible para futuros procedimientos concursales.

En función de lo anterior, las condiciones establecidas en el pliego de condiciones se orientan a cumplir con el ordenamiento y los objetivos de política pública, particularmente, en lo que corresponde a la asignación y uso eficiente del espectro para el contexto nacional actual. No debe dejarse de lado que la asignación y el uso eficiente del espectro no es un fin en sí mismo, sino que, obedece a objetivos de política pública trasados por el ente rector en la materia de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico. En todo caso, se reitera que ninguno de estos elementos resulta procedente en relación con el proceso de objeciones cartelarias en el cual nos encontramos.

Sobre Requerimientos del Proceso

Al respecto, sobre lo señalado por el ICE en cuanto a que el "(...) pliego de condiciones considere los requerimientos específicos de bloques de frecuencias para otros usos del espectro, como redes de Misión crítica y redes inteligentes en sectores como Energía y Seguridad (...)" debe indicarse que no se modificó ninguna cláusula relacionada con el destino específico de los casos de uso que pueden ser desarrollados con espectro IMT en atención a lo dispuesto por la CGR en la resolución R-DCP-00041-2024, por lo que no procede el análisis de estos elementos. En este mismo orden de ideas, cabe señalar que el ICE no presentó aclaraciones al pliego de condiciones originalmente publicado y en el recurso de objeción presentado ante la CGR (remitido a la Sutel el 14 de agosto de 2024 según NI-10867-2024) no mencionó este tema, por lo que la etapa procesal oportuna precluyó y no corresponde referirse a este extremo.

Sin perjuicio de lo anterior, tanto el PNDT como el PNAF, así como, la instrucción remitida por el Poder Ejecutivo en el Acuerdo Ejecutivo N°31-2023-TEL-MICITT y el oficio número MICITT-DM-OF-416-2023 sobre los lineamientos para la subasta, no incluyen el establecimiento de bloques específicos para la implementación de casos de usos particulares como el referido por el ICE.

En todo caso, debe aclararse que los usos no comerciales conforme a los artículos 9 y 26 de Ley N°8642 quedan fuera del alcance del presente procedimiento concursal el cual trata sobre espectro de uso comercial para prestar servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Por lo tanto, es falso lo manifestado por el ICE respecto a que se le limita en el desarrollo de Redes Eléctricas Inteligentes y para Protección Pública y Atención de Desastres.

B. Objeción sobre el oficio número 07963-SUTEL-DGM-2024 aplicables a las cláusulas 14.4. y 14.5.

El ICE manifiesta dos puntos centrales, en primer lugar, que la Sutel en el oficio número 07963-SUTEL-DGM-2024 que aplica como respaldo para las cláusulas 14.4. y 14.5 no justifica en absoluto las razones técnicas ni legales por las cuales es procedente la sumatoria de espectro IMT asignado a los participantes del consorcio o de un grupo económico para el cumplimiento del valor de control de concentración de espectro, ni tampoco motiva las razones por las cuales se debe hacer dicha sumatoria a pesar de que la operación y explotación del espectro es de carácter personalísimo. Y en segundo lugar señala el ICE que la Sutel en el oficio número 07963-SUTEL-

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

DGM-2024 indica que como Grupo Económico el ICE puede hacer uso del espectro concesionado a RACSA mediante mecanismos a nivel mayorista. No obstante, la misma Sutel mediante el acuerdo del Consejo número 014-026-2024 del 10 de julio de 2024, rechazó homologar al ICE el contrato de comercialización del servicio inalámbrico fijo por medio de la tecnología FWA de 5G utilizando las frecuencias concesionadas a RACSA, alegando, que el ICE está inhibido legalmente para aprovechar dichas frecuencias.

Preliminarmente debe resaltarse que, los argumentos del ICE no combaten una disposición específica del pliego de condiciones que haya sido objeto de modificación de acuerdo con la primera fase de objeciones, dado que en atención a lo dispuesto por la Contraloría General de la República en la resolución R-DCP-00041-2024, únicamente, se incluyó en una nota al pie la referencia al oficio número 07963-SUTEL-DGM-2024 y se aportó dicho documento al expediente del pliego, sin que haya sufrido modificaciones sustanciales de fondo el criterio originalmente empleado.

Además, las objeciones planteadas por el ICE no se relacionan con las disposiciones propias del pliego de condiciones en términos de contratación administrativa donde la CGR de manera basta pueda entrar a conocer aspectos de este, sino que, por el contrario, corresponden a temas propiamente regulatorios y de etapas preparatorias del procedimiento.

Debe recordarse que, el recurso de objeción fue establecido por el legislador como un medio para combatir las disposiciones del pliego de condiciones y no para traer a discusión aspectos ajenos o transversales que no tienen relación con el objeto de la contratación.

Por lo tanto, considerando que el ICE no aporta argumentaciones que permitan derivar la razonabilidad de lo solicitado referente a la improcedencia de la sumatoria del espectro asignado al Grupo ICE para la aplicación del mecanismo de control de concentración de espectro, dado que únicamente detalla que no corresponde, se solicita desestimar la objeción presentada.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, nos referimos a los argumentos presentados por el ICE.

En relación con el primero de los temas del objetante, se encuentra que este no lleva razón toda vez que el oficio número 07963-SUTEL-DGM-2024, aprobado por el Consejo mediante acuerdo número 005-041-2024 del 10 de setiembre de 2024, sí justifica los motivos por los cuales el cálculo del control de espectro radioeléctrico se debe estimar a nivel de grupo de interés económico, así dicho informe señala con claridad lo siguiente:

“El cálculo del tope a nivel de grupo de interés económico busca evitar que los oferentes desarrollen conductas estratégicas, aunque no procompetitivas, como encontrar viable ofertar por un espectro que no requieren, con el objetivo de privar a sus competidores de dicho espectro. (...)

En este caso es de particular interés entender la forma en que operan las empresas en el mercado para evitar que los mecanismos de control de espectro incluidos en el pliego de condiciones resulten inefectivos, lo que justifica la necesidad de implementar medios o instrumentos idóneos para garantizar los objetivos de política pública incluidos en la instrucción del Poder Ejecutivo.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

La sumatoria de espectro radioeléctrico para efectos del cálculo del valor de concentración de control de espectro se incluyera lo correspondiente al grupo de interés económico, es un mecanismo que reconoce los efectos económicos de la existencia de un grupo de interés económico, ya que el operar de estos grupos en el mercado tiene, como se verá, una identidad sustancial entre ellos que se materializa a través de acciones estratégicas coordinadas con un propósito común”.

Asimismo, el citado informe número 07963-SUTEL-DGM-2024 detalla el efecto que tendría en el tope de espectro el no incluir en el cálculo lo correspondiente al grupo de interés económico, indicando en particular que:

“Nótese por ejemplo que en relación con el ICE si no se aplicara el tope de concentración de espectro a nivel de grupo de interés económico, el Grupo ICE podría decidir que el participante del proceso licitatorio no sea el ICE sino RACSA, según los topes establecidos, esto le permitiría a RACSA obtener la siguiente cantidad máxima de espectro:

- *Bandas bajas: 40 MHz*
- *Bandas medias: 225 MHz*
- *Bandas altas: 800 MHz*

Con lo que al final el Grupo ICE como un todo dejaría el proceso licitatorio con un total de 79,4 MHz en bandas bajas, 595 MHz en bandas medias y 800 MHz en bandas altas.

En esta situación ejemplificativa, de no aplicarse el control de espectro a nivel de grupo, el mecanismo de control de concentración de espectro resultaría totalmente inefectivo, permitiendo que la situación de asimetría en materia de tenencia de espectro en lugar de equilibrarse se exacerbara, con los riesgos de debilitamiento de la competencia del mercado ya señalados por la Sutel en sus Opiniones como autoridad sectorial de competencia.

La evasión del mecanismo de control de concentración en caso de no considerarse el cálculo de valor de concentración de espectro a nivel de grupo es un riesgo para el proceso licitatorio por el portillo que crea, el cual no sería exclusivo del Grupo ICE, sino que también aplicaría a los otros operadores del mercado, los cuales ya cuentan con otras empresas dentro de su grupo de interés económico o bien podrían crearlas para propósitos del presente concurso”.

Un argumento adicional en relación con este tema deviene incluso de las disposiciones de la Ley General de Contratación Pública, Ley N°9986 (artículo 49 de la LGCP y el artículo 126 del RLGP), sobre la imposibilidad de que las empresas de un mismo grupo de interés económico participen como oferentes en un mismo procedimiento de contratación pública. Esto es así, porque como lo ha señalado la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM)⁵⁶: *“Desde el punto de vista de la competencia, la realización de varias ofertas por parte de empresas vinculadas, o con socios comunes, que claramente no sean independientes, no debe ser permitida para los fines de la contratación pública”.*

Así, el no considerar el cálculo del valor de concentración de control de espectro a nivel de grupo económico, no sólo pondría al objetante en una situación ventajosa en relación con el resto de los participantes del mercado, sino que también haría inefectivo el tope de espectro como el elemento que busca prevenir que se profundice el nivel de concentración actual en materia de espectro IMT, impidiendo el acceso de dicho recurso esencial a otros participantes del mercado y a su vez, incumpliendo con los objetivos de política pública establecidos.

⁵⁶ COPROCOM. (2019). *Guía de contratación administrativa y competencia*. Costa Rica.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

En relación con el segundo tema del objetante, se encuentra que este tampoco lleva razón en sus argumentaciones, dado que la Sutel siempre ha tenido claridad sobre el hecho de que las concesiones de espectro radioeléctrico son de uso exclusivo por parte de su titular, conforme lo aclaró la PGR en su criterio PGR-C-177-2023, sin embargo, a pesar de que el ICE no pueda explotar de forma directa, indirecta, conjunta o compartida las frecuencias del espectro radioeléctrico que le fueron concesionadas a RACSA, lo cierto es que sí cuenta con mecanismos mayoristas para comercializar los servicios de las redes explotadas por RACSA y en todo caso, como se desarrolló en el informe número 07963-SUTEL-DGM-2024, los beneficios obtenidos por RACSA en la explotación de las redes 5G a través del espectro asignado a esta como titular y una eventual comercialización de los servicios por el ICE, repercutirían positivamente para todos los participantes del grupo económico.

En ese sentido el marco normativo de las telecomunicaciones, habilita en el artículo 23 de la Ley N°8642 que la prestación de servicios de telecomunicaciones pueda darse *“por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo su operación o explotación”*. En el caso de los servicios de telecomunicaciones IMT, dicha prestación se logra a través de los servicios mayoristas de acceso y originación móvil.

El servicio mayorista de acceso y originación en una red móvil se define como sigue⁵⁷: *“Corresponde a todos los servicios mayoristas necesarios para que un operador que no cuente con espectro radioeléctrico y/o con la infraestructura de red requerida en una determinada área geográfica, pueda ofrecer servicios de telecomunicaciones móviles (voz, mensajería y acceso a Internet) a los usuarios finales a través de los recursos del operador móvil de red (OMR), este mercado incluye todos los servicios mayoristas asociados que permiten a un operador huésped operar efectivamente en el mercado o bien ampliar la cobertura que posee en determinada zona dentro del territorio nacional.”*

El servicio mayorista de acceso y originación en una red móvil puede ser adquirido por los proveedores de servicios en dos circunstancias particulares:

- a) En el caso de los operadores que no están verticalmente integrados, sean los operadores móviles virtuales (OMV), estos adquieren el servicio de acceso y originación en una red móvil de los operadores móviles de red (OMR) para poder prestar sus servicios a nivel minorista.
- b) En el caso de los operadores verticalmente integrados, sean los OMR, si bien ellos mismos son su prestador del servicio de acceso y originación en una red móvil, hay circunstancias en las cuales un determinado OMR puede requerir adquirir el servicio mayorista de acceso y originación en una red móvil de otro u otros OMR para ampliar su oferta comercial minorista.

La situación de que una de las empresas del Grupo ICE comercialice servicios del espectro asignado y explotado por otra de ellas, a partir del empleo de mecanismos mayoristas de acceso, ya se ha dado en el pasado, así hasta el año 2020 la empresa RACSA comercializó servicios móviles como OMV de la red explotada por el ICE, mediante un acuerdo de acceso mayorista entre ambas empresas.

⁵⁷ RCS-040-2017 referente a *“Revisión del mercado del servicio mayorista de acceso y originación móvil, análisis del grado de competencia en dicho mercado, y según corresponda, determinar el operador y proveedor importante e imponer las obligaciones que correspondan”*.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

En este sentido, tanto la explotación del espectro por parte de un agente del grupo económico (el caso de RACSA), como la eventual comercialización de servicios a través de la red explotada por otro agente del mismo grupo (caso del ICE, comercializando servicios a través de la red explotada por RACSA), implica que el cálculo del valor de concentración del espectro efectivamente debe ser contemplado a nivel de grupo de interés económico, porque como grupo las empresas pueden gestionar lo necesario para suscribir los acuerdos de acceso que resulten pertinentes, en caso de que dentro de su estrategia comercial así se requiera. Lo anterior, sin perjuicio de que, la mera tenencia y explotación del espectro por parte de RACSA en este caso, ya genera beneficios al grupo de interés económico, del que el ICE forma parte.

Ahora bien, las manifestaciones del ICE en cuanto a que Sutel le ha negado el uso de mecanismos de esta naturaleza es incorrecto, toda vez que lo que el ICE ha gestionado ante la Sutel lo ha hecho a través de instrumentos no apropiados desde el punto de vista legal, como lo son el uso de alianzas estratégicas, sin cumplir con las disposiciones de acceso e interconexión, según se detalla de seguido.

En fecha 8 de mayo del 2024, el ICE solicitó a la Dirección General de Calidad de la Sutel, iniciar el procedimiento de homologación por ajustes al “CONTRATO SERVICIOS MÓVILES” y su respectiva carátula (NI-06041-2024) para la provisión de servicios denominado “Internet Inalámbrico 5G”.

Por tal razón, mediante oficio número 04477-SUTEL-DGC-2024 del 30 de mayo del 2024, debidamente notificado en la misma fecha, la Dirección General de Calidad solicitó al operador que aclarara a través de cuáles frecuencias del espectro radioeléctrico asignadas al ICE se proveería el servicio, para lo cual debía considerar que mediante el dictamen número C-177-2023 del 18 de setiembre de 2023, la PGR indicó que el ordenamiento jurídico únicamente habilita al titular de la concesión para su aprovechamiento según el uso para el que está afectado.

En respuesta a lo anterior, vía oficio número 263-491-2024 remitido a la Sutel el 12 de junio del 2024 (NI-07895-2024), el ICE indicó lo siguiente: *“Al amparo de la Alianza Estratégica suscrita entre el ICE y RACSA para la realización de proyectos en común, como lo es la implementación y explotación comercial de la tecnología 5G, y que fuera tramitada bajo el procedimiento de contratación 2023PE-000001-0000400001, y como Grupo ICE, RACSA operará la frecuencia 3.5GHz para este servicio, el cual será comercializado por el ICE.”*

Por lo expuesto, mediante acuerdo número 014-026-2024 emitido en la sesión ordinaria 026-2024 del 10 de julio del 2024, el Consejo de la Sutel declaró de oficio sin derecho al correspondiente trámite la solicitud realizada por el ICE para homologación por ajustes al “contrato servicios móviles” y su respectiva carátula, dado que se violentan las disposiciones del artículo 11 de la Ley N°8642, de conformidad con el numeral 264 de la LGAP, según lo dispuesto dictamen C-177-2023 del 18 de setiembre de 2023, emitido por la PGR, por no ser el titular de la concesión de la banda de 3500 MHz para brindar el servicio inalámbrico 5G en los términos indicados en el proceso de homologación contractual.

Aquí resulta importante considerar, tal y como se indicó, que existe la figura del Operador Móvil Virtual (OMV), la cual ha sido reconocida y autorizada por la Sutel. Para tal efecto, se deben cumplir los requisitos para la comercialización y explotación del servicio como tal, con el fin de

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

solicitar la autorización correspondiente al Consejo de la Sutel a la luz del citado artículo 23 de la Ley N°8642, y suscribir los acuerdos de acceso e interconexión en los términos de la resolución RCS-374-2018 del Consejo de la Sutel.

No obstante, en el caso concreto, el ICE no cuenta con la autorización para ser operador OMV con RACSA que le permita comercializar y proveer el servicio inalámbrico explotado por RACSA a través de la frecuencia 3.5 GHz, como la normativa lo exige. Por lo que no existe un título habilitante que le otorgue al ICE el derecho de explotar y usar dicha frecuencia y, por ende, no se encuentra facultado para brindar el servicio inalámbrico 5G en los términos solicitados en el proceso de homologación contractual.

Así las cosas, el cuadro fáctico de la solicitud presentada por el ICE para a referida homologación de contratos, incumple la normativa vigente, razón por la cual fue rechazada, lo cual no implica que no existan mecanismos mayoristas para la comercialización de servicios de empresas de un mismo grupo económico, lo anterior sin dejar de lado que tal y como se ha indicado, existe un beneficio para el grupo comercial de contar con espectro asignado, al limitar la posibilidad de acceso de este recurso por parte de sus eventuales competidores, según se describió en el oficio 07963-SUTEL-DGM-2024.

Según el detalle brindado, se reitera la solicitud de desestimar la objeción presentada, siendo nuevamente una argumentación del objetante tendiente a confusión.

2. Cláusula 47.1.2.3.

El ICE manifiesta que se mantiene la interrogante e incongruencia entre la presentación de postura de salida por uno o varios bloques genéricos con valor igual o mayor a la postura válida más alta de la ronda anterior, y que cumpla a la vez con ser menor a la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso. Por lo que debe ser modificada para que sea procedente entenderlo con claridad y cumplimiento.

Preliminarmente debe resaltarse que, los argumentos del ICE no combaten la disposición del pliego de condiciones ya que corresponde a una falta de comprensión del Instituto y no a una falta de claridad de la cláusula. Debe recordarse que, el recurso de objeción fue establecido por el legislador como un medio para combatir las disposiciones del pliego de condiciones y no para traer a discusión aspectos que se encuentran claramente dispuestos.

Además, la objeción planteada por el ICE no se relaciona con las disposiciones propias del pliego de condiciones en términos de contratación administrativa donde la CGR pueda entrar a conocer sobre aspectos en esta materia.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que en atención a lo dispuesto en el punto I. B) 7) de la resolución R-DCP-00041-2024, la Sutel modificó el pliego de condiciones para permitir una mejor comprensión del mecanismo de posturas de salida, tal como se muestra a continuación:

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

“47.1.2.1. Para la primera ronda de puja, para cada Bloque Genérico en cada banda de frecuencias, deberá ser igual a la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar requerida según la cláusula 46 del Pliego de Condiciones.

47.1.2.2. En las rondas de puja subsiguientes, para cada Bloque Genérico en cada banda de frecuencias, deberá ser igual a la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar definida para la ronda actual.

47.1.2.3. Como excepción válida a las condiciones anteriores y aplicable a partir de la segunda ronda, el Oferente Declarado Elegible podrá presentar Postura(s) de Salida por uno o varios Bloques Genéricos, cuyo valor debe ser igual o mayor a su Postura Válida más alta de la ronda anterior, y menor a la cantidad mínima de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar requerida para la ronda actual. Es decir, la Cantidad de Unidades de Infraestructura de Acceso por desplegar de una Postura de Salida se encuentra entre la cantidad más alta ofrecida por el participante en la ronda anterior y al menos una unidad inferior a la cantidad de la ronda actual (...)”

En este sentido, el pliego es expreso en señalar que las posturas de salida son una excepción válida a las cláusulas 47.1.2.1 y 47.1.2.2, en el sentido de que, a partir de la segunda ronda, los oferentes podrán establecer posturas de salida inferiores al valor de la ronda en curso y a su vez superiores a su postura válida más alta de la ronda anterior, esto en términos de las posturas de las unidades de infraestructura de acceso.

El sentido de la excepción implica que, un determinado participante puede expresar su intención de brindar una última oferta en el proceso concursal que sea menor a la cantidad mínima de unidades de infraestructura de la ronda en curso, tal y cual se aclaró en la última línea del texto citado. En el informe número 07358-SUTEL-DGC-2024 se brindó un ejemplo sobre la aplicación de esta cláusula, el cual se muestra a continuación:

Tabla 9. Ejemplo de aplicación de la cláusula 47.1.2.3.

Oferente	Ronda 1		Ronda 2	
	Precio base = 100	Cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso = 100	Cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso = 105	Postura de salida en términos de cantidad de unidades de infraestructura de acceso por desplegar
A	Acepta	Acepta	Presenta postura de salida	103
B	Acepta	Acepta	Presenta postura de salida	101

Como se muestra en el ejemplo, tanto el oferente A como el B, presentan en la ronda 2 una postura de salida que es igual o mayor a 100 que fue su “postura válida más alta de la ronda anterior”. Al mismo tiempo, la postura de salida de ambos oferentes es “menor a la cantidad mínima de unidades de infraestructura de acceso por desplegar requerida para la ronda actual”, que sería 105, lo cual demuestra que la excepcionalidad de la cláusula 47.1.2.3 aclara la posibilidad de presentar posturas de salida, que cumplan con que la cantidad de unidades de infraestructura de acceso de la postura se encuentre entre la cantidad más alta ofrecida por el participante en la ronda anterior y al menos una unidad inferior a la cantidad de la ronda actual.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Según el detalle brindado, la Sutel complementó adecuadamente el pliego de condiciones en atención de las disposiciones de la CGR, de manera que se solicita desestimar la objeción presentada.

3. Cláusula 77.4.1.2.

El ICE solicita definir y justificar cuál es el porcentaje de la zona de cobertura a atender, en tanto esto limita la participación al tener que interpretar el requerimiento.

Preliminarmente debe resaltarse que, los argumentos del ICE no combaten una disposición específica del pliego de condiciones que haya sido objeto de modificación de acuerdo con la primera fase de objeciones, dado que, en atención a lo dispuesto por la CGR en la resolución R-DCP-00041-2024, únicamente, se incluyó una nota al pie. Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

Debe recordarse que, el recurso de objeción fue establecido por el legislador como un medio para combatir las disposiciones del pliego de condiciones y no para traer a discusión aspectos ajenos o transversales que no tienen relación con el objeto de la contratación.

No obstante, debemos de indicar que el pliego de condiciones es expreso en que los oferentes deberán cumplir con los niveles de calidad definidos en la cláusula “77. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO PARA CON LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE”, la cual corresponde a umbrales en la velocidad de descarga para cada rango de frecuencias, desde la perspectiva de la velocidad de referencia mínima (la que experimenta el usuario final). Esto implica que, en todas las áreas donde los operadores deben brindar servicio, su red debe contar con niveles de intensidad de señal que permitan la comprobación de las citas velocidades de referencia.

Al respecto, el artículo 46 del RPCS establece las condiciones de medición del indicador correspondiente a la relación entre velocidad de transferencia de datos local o internacional respecto a la velocidad aprovisionada (ID-18), el cual expresamente indica que, dentro de las condiciones normales de medición, los operadores/proveedores tendrán en cuenta lo siguiente: “(...) 4. Para el caso particular de la evaluación de servicios de Internet móvil, las mediciones deben efectuarse en áreas cuyo nivel de cobertura esté catalogado por el operador/proveedor como azul o verde, de conformidad con el artículo 41 del presente reglamento”. Asimismo, de manera consistente, en la sección 3.5.5 de la resolución RCS-019-2018 se indica que: “Se tomarán como muestras válidas aquellas recolectadas dentro de las capas de cobertura azul (en interiores) y verde (dentro de vehículos), de conformidad con lo indicado en el inciso 4 del artículo 46 del RPCS”; por lo tanto, las evaluaciones del indicador de velocidad (ID-18) no se realizan en zonas donde la intensidad de señal sea catalogada como solo exteriores (escala color amarillo) o fuera de cobertura (escala color rojo). Igualmente, según las disposiciones del artículo 16 del RPCS los operadores móviles deben publicar: “Información de calidad de servicio de los siguientes tipos: a. Mapas de cobertura reales, en los que se identifiquen a través de sistemas de información geográfica las áreas de cobertura de los servicios sobre las zonas del país donde se brindan, con una desagregación de provincia, cantón, distrito y poblado, indicando la intensidad de señal según los rangos y escalas de colores que establezca la SUTEL. Esto es aplicable a servicios móviles.”, como se muestra a continuación:

San Jose, 08 de octubre de 2024
08866-SUTEL-DGC-2024

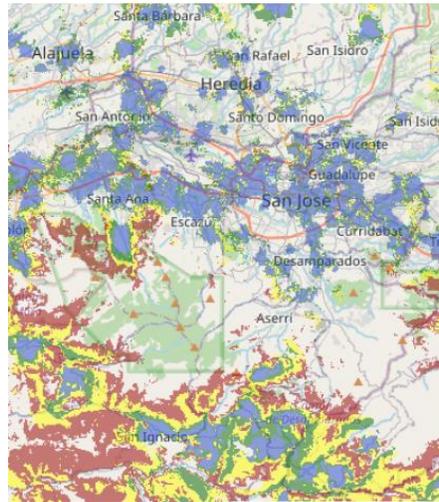


Figura 3. Mapa de cobertura móvil publicado por el ICE en su página Web⁵⁸

Como se puede apreciar, los operadores móviles tienen la obligación de publicar en su sitio Web la cobertura de sus redes, bajo la escala de colores definida en el resuelve 14 de la resolución RCS-152-2017.

En este sentido, para el 90% de los puntos dentro de los polígonos del Anexo 5.1 del pliego de condiciones, que corresponden al mecanismo por el cual se verifica la cobertura en dichas zonas por medio de muestras, debe cumplirse con la intensidad de señal en la escala de colores azul o verde, que permita a su vez la verificación del indicador de velocidad (ID-18), según la velocidad de referencia mínima (la que experimentará el usuario) en cada banda de frecuencias, establecidas en la cláusula 77 del pliego de condiciones.

Tomando en cuenta lo anterior, indicamos que el valor corresponde a 90%, tal como claramente lo cita la nota al pie en cuestión, este valor corresponde al establecido por la RCS-152-2017 y por ende no se está variando este particular. Dicho valor es de conocimiento pleno de los operadores por cuanto corresponde a parte de la metodología actualmente empleada para verificación del cumplimiento de la calidad de los servicios, misma que se mantiene aplicable para la fase de aceptación.

En todo caso, el ICE no demuestra con sus argumentos cuál sería la limitante en la cláusula en estudio para poder participar del procedimiento concursal, máxime considerando lo indicado anteriormente sobre el conocimiento del ICE de la aplicación de estas metodologías.

Según el detalle brindado, la Sutel complementó adecuadamente el pliego de condiciones en atención de las disposiciones de la CGR, de manera que se solicita desestimar la objeción presentada.

⁵⁸ Consulta el 08-10-2024, en el siguiente enlace: https://www.kolbi.cr/wps/portal/kolbi_dev/personas/mas-servicios/mapa-de-cobertura/cobertura-movil-postpago

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

4. Cláusula 77.4.1.5.2.

El ICE solicita que para el despliegue de infraestructura en la banda de 700 MHz se establezca el mismo plazo de 6 años que se establece para otras bandas.

Preliminarmente debe resaltarse que, los argumentos del ICE no combaten una disposición específica del pliego de condiciones que haya sido objeto de modificación de acuerdo con la primera fase de objeciones, dado que en atención a lo dispuesto por la CGR en el punto I. B) 20) de la resolución R-DCP-00041-2024, únicamente, se procedió a aclarar el título de la cláusula detallando entre paréntesis que la misma aplica a los *operadores existentes Fase 1 según 77.4.1.5*. Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

En este mismo orden de ideas, cabe señalar que el ICE no presentó aclaraciones puntuales al pliego de condiciones originalmente publicado y en el recurso de objeción presentado ante la CGR (remitido a la Sutel el 14 de agosto de 2024 según NI-10867-2024) no mencionó este tema de homologar los plazos⁵⁹ (lo cual no corresponde) considerando que aplican para escenarios diferentes entre operadores existentes y entrantes de la Fase 1, por lo que la etapa procesal oportuna precluyó y no corresponde referirse a este extremo.

Sin perjuicio de lo anterior, la diferenciación de plazos es apropiada y debe mantenerse dado que es conforme al objetivo de política pública definido por el Poder Ejecutivo en la instrucción, a saber, *“Condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes (...) Se debe considerar la pertinencia de establecer obligaciones contractuales diferenciadas en caso de resultar adjudicatarios del proceso concursal personas físicas o jurídicas que no estén aún en el mercado de telecomunicaciones costarricense”*, por lo que, se dispuso brindar un plazo más favorable para el despliegue de infraestructura como un incentivo solo aplicable para el caso de nuevos operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones con redes móviles a través de sistemas IMT para la Fase 1 Subasta. Así las cosas, lo planteado por el ICE no permitiría el cumplimiento de este objetivo del procedimiento concursal.

Por otra parte, los plazos establecidos por la Sutel en el pliego de condiciones para los operadores existentes parten de la capacidad anual de despliegue de infraestructura por parte de todos los proveedores de servicios móviles actuales, por lo que se contempla la capacidad real histórica de instalación. Es decir, se consideró la información remitida por estos, la cual se encuentra disponible para consulta pública en el sitio Web de la Sutel <https://sig.Sutel.go.cr/connect/analyst/mobile/>. Esta capacidad anual de despliegue corresponde al promedio de los datos brindados desde el año 2011 al 2022, tanto del ICE, Liberty y Claro, por lo que es falso lo manifestado por el ICE respecto a que Sutel *“utilizó como referencia los tiempos del desarrollo de CLARO en Costa Rica, como un nuevo operador, para establecer tiempos para este nuevo proceso cartelario”*.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

⁵⁹ Inicialmente el ICE consideró homologar los plazos interpretando que correspondían al mismo escenario evidenciando una contradicción entre los plazos.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

5. Cláusula 77.4.1.5.2.1.

El ICE solicita que se defina por cuanto se establece la prórroga y por cuántas veces es posible que se otorgue nuevamente la prórroga.

Debe resaltarse que, la objeción del ICE no versa sobre una disposición específica del pliego de condiciones que haya sido objeto de modificación de acuerdo con la primera fase de objeciones, dado que en atención a lo dispuesto por la CGR en la resolución R-DCP-00041-2024, únicamente, se incluyó una nota al pie detallando la justificación de los 18 meses.

Al respecto, tal como se señaló en el pliego de condiciones, en atención a las disposiciones de la CGR, se indicó que el plazo aplicado para la verificación de cumplimiento se basa en la experiencia del procedimiento concursal de espectro para sistemas IMT en el 2017. En este sentido, por medio de la Resolución RCS-194-2022, se evaluaron y dieron por recibidas en tiempo las obligaciones de cumplimiento de los contratos del 2017.

Tal y como se extrae del procedimiento concursal 2016LI-000002-SUTEL, los Contratos de Concesión N°C-001-2017-MICITT y N°C-002-2017-MICITT en su ítem 11.3 dispusieron lo siguiente:

*“11.3. La SUTEL, una vez transcurrido el plazo de los treinta y seis (36) meses posteriores al Inicio de la Concesión otorgado a la Concesionaria para el despliegue de su red, **contará con un plazo máximo de dieciocho (18) meses** con la posibilidad de prorrogarse mediante una resolución debidamente motivada por razones de interés público, caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero para proceder con la verificación de la Fase de Aceptación, al término del cual, la SUTEL emitirá un informe de verificación y cumplimiento por parte de la Concesionaria de la Fase de Aceptación, para que el Poder Ejecutivo proceda con lo establecido en la cláusula 7.2.1 del presente Contrato. En caso de incumplimiento se emitirá un dictamen técnico al Poder Ejecutivo, para que este proceda en derecho como corresponda” (Resaltado intencional)*

El plazo dispuesto en los citados contratos resultó suficiente y adecuado para permitir la verificación de las condiciones establecidas en el citado proceso concursal, tal y como se evidencia en la citada Resolución RCS-194-2022, donde se dieron por atendidos dichos requerimientos, por lo que, de conformidad con la experiencia de procedimientos anteriores se tiene que dicho plazo es suficiente y acorde con las labores por realizar.

En todo caso, la nota al pie incorporada en el pliego de condiciones y la redacción de la misma cláusula de ninguna forma limita al ICE su posibilidad de participar en el proceso concursal, ni presentó argumentos que permitan extraer una eventual barrera.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

6. Cláusula 77.4.1.5.2.3.

En sus alegatos, el ICE indica que, no se explica la razón de que la prórroga sea de 3 meses ni cuál es el proceder cuando el incumplimiento es superior al 5% de las Unidades de Infraestructura de acceso.

El extremo objetado por el ICE no fue modificado durante el ajuste realizado a la citada cláusula, en atención a lo dispuesto por la CGR en la resolución R-DCP-00041-2024, por lo que, no procede el análisis de estos elementos. En este mismo orden de ideas, cabe señalar que el ICE no presentó aclaraciones al pliego de condiciones originalmente publicado y en el recurso de objeción presentado ante la CGR (remitido a la Sutel el 14 de agosto de 2024 según NI-10867-2024) no hizo mención respecto a la razón del plazo de la prórroga, tampoco aportó argumentaciones que permitan derivar la razonabilidad de lo solicitado, por lo que, la etapa procesal oportuna precluyó y no corresponde referirse a este extremo.

Sin perjuicio de lo anterior, al respecto indicamos que mediante oficio número 08682-SUTEL-DGC-2024 del 1° de octubre de 2024, conforme a la aclaración solicitada por el ICE, se le externó que para incumplimientos superiores al 5% por causas imputables al concesionario, resultaría aplicable lo dispuesto en el ordenamiento vigente, es decir, el inciso 1) subinciso b) del artículo 22 de la Ley N°8642.

Al respecto, es preciso reiterar que el porcentaje del 5% dispuesto pretendió regular en el pliego un grado de tolerancia en beneficio de los operadores, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del artículo 22 de la Ley N°8642 (legislación ampliamente conocida por el sector), para los incumplimientos imputables al operador mayores al 5%, por lo que, no procede realizar ajustes al pliego de condiciones.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

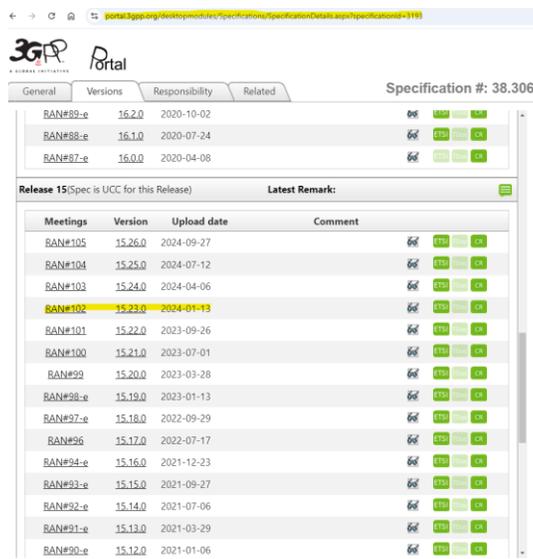
7. Cláusula 77.4.1.5.2.4. Tabla 4

El ICE solicita que la velocidad de referencia sea equivalente al 60% del cálculo realizado por Sutel. Además, solicita ajustar el cálculo de la velocidad de transferencia de datos para incorporar un factor de actividad.

El extremo objetado por el ICE no fue modificado durante el ajuste realizado a la citada cláusula en atención a lo dispuesto por la CGR en la resolución R-DCP-00041-2024, únicamente, se procedió referenciar las resoluciones RCS-019-2018 y la RCS-333-2022, tanto en el pliego de condiciones como en el expediente de la contratación, por lo que, no procede el análisis de estos elementos. En este mismo orden de ideas, cabe señalar que el ICE no presentó aclaraciones al pliego de condiciones originalmente publicado (junto con sus adjuntos, en este caso el referido oficio número 06426-SUTEL-DGC-2024) y en el recurso de objeción presentado ante la CGR (remitido a la Sutel el 14 de agosto de 2024 según NI-10867-2024) no hizo mención respecto a los argumentos novedosos recién planteados con respecto al ajuste del cálculo de la velocidad de transferencia, así como el porcentaje de velocidad de referencia, por lo que, la etapa procesal oportuna precluyó y no corresponde referirse a este extremo.

San Jose, 08 de octubre de 2024
08866-SUTEL-DGC-2024

Sin perjuicio de lo anterior, respecto a lo manifestado por el ICE sobre que, la Sutel “no desarrolla la fórmula para determinar las velocidades”, nuevamente resulta un aspecto falso toda vez que se encuentra en el apartado 3.2.6, en la tabla 7 del oficio número 06426-SUTEL-DGC-2024. En relación con que no se brinda el acceso directo, esto no corresponde en vista que el citado oficio cuenta con referencias e incluye el enlace donde se puede acceder a los documentos citados, los cuales son públicos, de libre acceso y de conocimiento general de los operadores de servicios IMT. En este sentido, el enlace provisto en el citado oficio (<https://portal.3gpp.org/desktopmodules/Specifications/SpecificationDetails.aspx?specificationId=3193>) lleva directamente al portal de la 3GPP, donde se puede descargar la versión del estándar técnico que detalló la Sutel como “Release 15 (3GPP TS 38.306 v15.23.0)”, según se muestra en la siguiente captura:



Specification #: 38.306

Version	Upload date	Comment	
BAN#89-e 16.2.0	2020-10-02		
BAN#88-e 16.1.0	2020-07-24		
BAN#87-e 16.0.0	2020-04-08		
Release 15(Spec is UCC for this Release)			
Meetings	Version	Upload date	Comment
BAN#105	15.26.0	2024-09-27	
BAN#104	15.25.0	2024-07-12	
BAN#103	15.24.0	2024-04-06	
BAN#102	15.23.0	2024-01-13	
BAN#101	15.22.0	2023-09-26	
BAN#100	15.21.0	2023-07-01	
BAN#99	15.20.0	2023-03-28	
BAN#98-e	15.19.0	2023-01-13	
BAN#97-e	15.18.0	2022-09-29	
BAN#96	15.17.0	2022-07-17	
BAN#94-e	15.16.0	2021-12-23	
BAN#93-e	15.15.0	2021-09-27	
BAN#92-e	15.14.0	2021-07-06	
BAN#91-e	15.13.0	2021-03-29	
BAN#90-e	15.12.0	2021-01-06	

Figura 4. Versión del estándar técnico disponible a través del enlace provisto por la Sutel en el oficio 06426-SUTEL-DGC-2024

Según lo anterior, no existe duda de la forma en que se pueden acceder los documentos a través del portal de la 3GPP y de las referencias realizadas en el citado oficio de la Sutel, tal es así, que el mismo ICE emplea documentos de la 3GPP en otras secciones de sus objeciones. En este sentido, no se denota ninguna afectación respecto a la aplicación de la fórmula para el cálculo de la tasa de transmisión utilizada por esta Superintendencia. En todo caso, las situaciones expuestas no limitan al ICE a participar en el procedimiento concursal.

Por otra parte, resulta falso lo que señala el ICE respecto a que el documento número 06426-SUTEL-DGC-2024 no está incluido en el reservorio del cartel de 5G de la Sutel, siendo que este fue incluido de forma conjunta al pliego de condiciones de la licitación, en la sección: PLIEGO DE CONDICIONES 2024LY-000001-Sutel y ANEXOS (FRECUENCIAS 5G), por lo que, fue de conocimiento del público en general desde el mismo momento en que fue publicado el pliego de condiciones, según se puede constatar en el siguiente enlace:

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

<https://sutel.go.cr/sites/default/files/concurso5G/16.%2006426-SUTEL-DGC-2024%20Propuesta%20cronograma%20y%20pliego%20condiciones.pdf>

Particularmente, sobre la primera objeción, la Sutel dispuso que el porcentaje de referencia para este cartel corresponde al 80% de la velocidad provisionada, mismo que en este caso corresponde a uno de los umbrales de referencia según el indicador ID-18 de la RCS-152-2017 como se referenció. Esta proporción es más exigente que la aplicable para el servicio móvil de las redes actuales, considerando que, las características de las redes 5G permiten mayores prestaciones que sus antecesoras (tal es el caso de la banda ancha mejorada, eMBB por sus siglas en inglés -*Enhanced Mobile Broadband*-), lo cual a su vez permite el cumplimiento de los objetivos de política pública “*provisión de nuevos y mejores servicios y aplicaciones*” y “*Enfoque en la calidad de experiencia de usuario final*”, según lo instruido por el Poder Ejecutivo.

Al respecto, en la cláusula 77 del pliego de condiciones, la Sutel especificó las velocidades de referencia para cada tipo de banda, siendo que, según el RPCS, en su artículo 7, inciso 93, “*la velocidad de referencia se obtiene a partir de mediciones efectivas del servicio, desde la perspectiva del usuario final*”, por lo que, el pliego de condiciones definió expresamente las velocidades que debe experimentar el usuario y no la relación porcentual respecto de la velocidad aprovisionada según el artículo 7, inciso 94 de citado reglamento.

Considerando que el pliego de condiciones establece las reglas que deben ser cumplidas por los eventuales adjudicatarios, las velocidades de referencia dispuestas en la citada cláusula son las que deberán de cumplir los operadores interesados en brindar servicios en las frecuencias objeto del presente procedimiento concursal, aspecto que no limita al ICE en participar de dicho procedimiento.

Respecto a la segunda objeción, en la sección 3.2.6 del informe número 06426-SUTEL-DGC-2024, de acceso público en el expediente disponible en el sitio web de la Sutel, se especifica el cálculo realizado para determinar las velocidades de transferencia de datos objetivo a ser cumplidas por los concesionarios. Dicha estimación, considera la aplicación del cálculo teórico sobre la tasa de transmisión máxima aproximada (Mbps) para un número de portadoras soportadas por un terminal de usuario en una red 5G según el Release 15 (3GPP TS 38.306 v15.23.0).

Cabe señalar que esta Superintendencia utilizó valores favorables para el cálculo teórico aproximado de la tasa máxima de transmisión de datos, según el menor ancho de banda de la portadora por bloque genérico para cada banda de frecuencias. Es decir, los valores propuestos permitirán a los eventuales concesionarios el desarrollo de sus redes a partir de una base de calidad, procurando la mejora continua de estos indicadores mediante la evaluación de los servicios brindados. En este sentido, según la citada recomendación de la 3GPP el cálculo efectuado por la Sutel no incluye el factor de actividad señalado por el ICE, lo cual de ninguna forma invalida los resultados obtenidos, a partir de una recomendación del ente citado.

Así las cosas, el pliego de condiciones cumple con el principio de eficiencia y eficacia, al mismo tiempo que brinda a los oferentes certeza técnica y seguridad sobre los requerimientos mínimos del concesionario al desplegar sus redes y proveer servicios disponibles al público, de

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

conformidad con la normativa vigente en la materia, de manera consistente con los objetivos de política pública establecidos por el Poder Ejecutivo.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

8. Cláusula 77.4.1.5.3.1.

El ICE solicita unificar los plazos de implementación para las bandas medias.

Los argumentos del ICE no combaten una disposición específica del pliego de condiciones que haya sido objeto de modificación (específicamente los puntos i y ii de la cláusula 77.4.1.5.3.1) de acuerdo con la primera fase de objeciones, dado que en atención a lo dispuesto por la CGR en la resolución R-DCP-00041-2024 este extremo fue analizado y declarado sin lugar, únicamente se incluyó una nota al pie para mayor precisión que en ningún momento altera las disposiciones de la cláusula 77.4.1.5.3.1. Por lo tanto, es claro que la etapa procesal oportuna precluyó y no corresponde referirse a este extremo.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

9. Cláusula 77.4.1.5.3.2.

En sus alegatos, el ICE indica que, no se explica la razón de que la prórroga sea de 3 meses ni cuál es el proceder cuando el incumplimiento es superior al 5% de las Unidades de Infraestructura de acceso.

Al respecto, favor referirse a la respuesta al punto 6 del presente informe, dado que se refiere al mismo tema señalado por el ICE.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

10. Cláusula 77.4.1.5.3.4. Tabla 5.

El ICE solicita que la velocidad de referencia sea equivalente al 60% del cálculo realizado por Sutel. Además, solicita ajustar el cálculo de la velocidad de transferencia de datos para incorporar un factor de actividad.

Al respecto, favor referirse a la respuesta al punto 7 del presente informe, dado que se refiere al mismo tema señalado por el ICE.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

11. Cláusula 77.4.1.5.4.

El ICE solicita que se unifiquen los porcentajes para los despliegues de 3500 MHz entre operadores actuales y operadores entrantes, en aras de la simplicidad de evaluación y la claridad en la ejecución.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Preliminarmente debe resaltarse que, los argumentos del ICE no combaten una disposición específica del pliego de condiciones que haya sido objeto de modificación de acuerdo con la primera fase de objeciones, dado que en atención a lo dispuesto por la Contraloría General de la República en el punto I. B) 20) de la resolución R-DCP-00041-2024, únicamente, se procedió a aclarar el título de la cláusula detallando entre paréntesis que la cláusula aplica a los *operadores existentes Fase 1 según 77.4.1.5*. Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

Sin perjuicio de lo anterior, la diferenciación de plazos es apropiada y debe mantenerse dado que es conforme al objetivo de política pública definido por el Poder Ejecutivo en la instrucción, a saber, *“Condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes (...) Se debe considerar la pertinencia de establecer obligaciones contractuales diferenciadas en caso de resultar adjudicatarios del proceso concursal personas físicas o jurídicas que no estén aún en el mercado de telecomunicaciones costarricense”*, por lo que, se dispuso brindar un plazo más favorable para el despliegue de infraestructura como un incentivo solo aplicable para el caso de nuevos operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones con redes móviles a través de sistemas IMT para la Fase 1 Subasta. Así las cosas, lo planteado por el ICE no permitiría el cumplimiento de este objetivo del procedimiento concursal.

Por otra parte, los plazos establecidos por la Sutel en el pliego de condiciones para los operadores existentes parten de la capacidad anual de despliegue de infraestructura por parte de todos los proveedores de servicios móviles actuales, por lo que se contempla la capacidad real histórica de instalación. Es decir, se consideró la información remitida por estos, la cual se encuentra disponible para consulta pública en el sitio Web de la Sutel <https://sig.Sutel.go.cr/connect/analyst/mobile/>. Esta capacidad anual de despliegue corresponde al promedio de los datos brindados desde el año 2011 al 2022, tanto del ICE, Liberty y Claro.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

12. Cláusula 77.4.1.5.4.2.

En sus alegatos, el ICE indica que, no se explica la razón de que la prórroga sea de 3 meses ni cuál es el proceder cuando el incumplimiento es superior al 5% de las Unidades de Infraestructura de acceso.

Al respecto, favor referirse a la respuesta al punto 6 del presente informe, dado que se refiere al mismo tema señalado por el ICE.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

13. Cláusula 77.4.1.5.4.4. Tabla 6.

El ICE solicita que la velocidad de referencia sea equivalente al 60% del cálculo realizado por Sutel. Además, solicita ajustar el cálculo de la velocidad de transferencia de datos para incorporar un factor de actividad.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

Al respecto, favor referirse a la respuesta al punto 7. del presente informe, dado que se refiere al mismo tema señalado por el ICE.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

14. Cláusula 77.4.1.5.5.2.2. Tabla 7.

El ICE solicita que la velocidad de referencia sea equivalente al 60% del cálculo realizado por Sutel. Además, solicita ajustar el cálculo de la velocidad de transferencia de datos para incorporar un factor de actividad.

Al respecto, favor referirse a la respuesta al punto 7. del presente informe, dado que se refiere al mismo tema señalado por el ICE.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

15. Cláusula 77.4.1.6.2.

El ICE solicita que para el despliegue de infraestructura en la banda de 700 MHz se establezca el mismo plazo de 6 años que se establece para otras bandas.

Al respecto, favor referirse a la respuesta al punto 4 del presente informe, dado que se refiere al mismo tema señalado por el ICE.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

16. Cláusula 77.4.1.6.3.

El ICE solicita unificar los plazos de implementación para las bandas medias (mismo tema tratado en el apartado 8 del presente documento).

Los argumentos del ICE no combaten una disposición específica del pliego de condiciones que haya sido objeto de modificación (específicamente los puntos i, ii, iii y iv de la cláusula 77.4.1.6.3.1) de acuerdo con la primera fase de objeciones, dado que en atención a lo dispuesto por la CGR en la resolución R-DCP-00041-2024 este extremo fue analizado y declarado sin lugar, únicamente, se procedió a aclarar el título de la cláusula detallando entre paréntesis que la cláusula aplica a los *operadores existentes Fase 1 según 77.4.1.6*. Por lo tanto, es claro que la etapa procesal oportuna precluyó y no corresponde referirse a este extremo.

Sin perjuicio de lo anterior, la diferenciación de plazos es apropiada y debe mantenerse dado que es conforme al objetivo de política pública definido por el Poder Ejecutivo en la instrucción, a saber, "*Condiciones aplicables para eventuales operadores entrantes (...) Se debe considerar la pertinencia de establecer obligaciones contractuales diferenciadas en caso de resultar adjudicatarios del proceso concursal personas físicas o jurídicas que no estén aún en el mercado de telecomunicaciones costarricense*", por lo que, se dispuso brindar un plazo más favorable para el despliegue de infraestructura como un incentivo solo aplicable para el caso de nuevos operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

con redes móviles a través de sistemas IMT para la Fase 1 Subasta. Así las cosas, lo planteado por el ICE no permitiría el cumplimiento de este objetivo del procedimiento concursal.

Por otra parte, los plazos establecidos por la Sutel en el pliego de condiciones para los operadores existentes parten de la capacidad anual de despliegue de infraestructura por parte de todos los proveedores de servicios móviles actuales, por lo que se contempla la capacidad real histórica de instalación. Es decir, se consideró la información remitida por estos, la cual se encuentra disponible para consulta pública en el sitio Web de la Sutel <https://sig.Sutel.go.cr/connect/analyst/mobile/>. Esta capacidad anual de despliegue corresponde al promedio de los datos brindados desde el año 2011 al 2022, tanto del ICE, Liberty y Claro.

Según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

17. Cláusula 77.4.1.6.4.

El ICE solicita que se unifiquen los porcentajes para los despliegues de 3500 MHz entre operadores actuales y operadores entrantes, en aras de la simplicidad de evaluación y la claridad en la ejecución.

Al respecto, favor referirse a la respuesta al punto 11 del presente informe, dado que se refiere al mismo tema señalado por el ICE.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

18. Anexo 1. Asignaciones actuales del espectro IMT y cálculo del valor de concentración de control de espectro

El ICE reitera los argumentos técnicos indicados para la Objeción 1 al versar sobre aspectos del oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023 dado que en el Anexo 1 se realizó referencia al citado oficio.

Al respecto, para atender las objeciones del ICE, favor referirse a la respuesta al punto 1 del presente informe, dado que tiene relación con el mismo tema señalado por el ICE. La atención a puntual a la argumentación se encuentra en la sección *“Sobre el punto B.3, respecto a las siete objeciones técnicas atinentes al establecimiento del control de concentración de espectro desarrollados de forma posterior al párrafo “El oficio 05315-SUTEL-OTC-2023 sobre el cual la Sutel basa la fundamentación de la modificación de dichas cláusulas tiene serias omisiones, inconsistencias e incongruencias técnicas que se explican y fundamentan a continuación”* particularmente la sección titulada *“Objeción 5 al oficio número 05315-SUTEL-OTC-2023”*.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

19. Tabla 5.1.

El ICE señala que existen casos de duplicación de polígonos lo cual impide poder elaborar una oferta razonable y de aplicación real.

San Jose, 08 de octubre de 2024

08866-SUTEL-DGC-2024

El extremo objetado por el ICE no fue modificado conforme lo dispuesto por la CGR en la resolución R-DCP-00041-2024, por lo que no procede el análisis de estos elementos. En este mismo orden de ideas, cabe señalar que el ICE no presentó aclaraciones al pliego de condiciones originalmente publicado y en el recurso de objeción presentado ante la CGR (remitido a la Sutel el 14 de agosto de 2024 según NI-10867-2024) no mencionó este tema, por lo que la etapa procesal oportuna precluyó y no corresponde referirse a este extremo.

Sin perjuicio de lo anterior, al respecto indicamos que mediante oficio número 08682-SUTEL-DGC-2024 del 1 de octubre de 2024, conforme a la aclaración solicitada por el ICE se externó que, si bien en el listado de áreas de atención existen cinco registros etiquetados con el mismo nombre, cada uno corresponde a polígonos distintos (áreas) como el mismo operador lo indica. Por lo tanto, el nombre asignado termina siendo información de mera referencia que únicamente identifica el nombre de la zona donde se realizarán los desarrollos. Además, partiendo de que los polígonos son distintos, no se puede entender como limitado a un único polígono, ni afecta los polígonos de atención que están claramente establecidos en el pliego, por lo que, para efectos de la ejecución del objeto contractual, es claro que deben atenderse de manera integral todos los polígonos definidos.

Por lo tanto, según el detalle brindado, se solicita desestimar la objeción presentada.

20. Recomendaciones al Consejo

A partir de lo dispuesto en el presente informe, se somete para valoración del Consejo lo siguiente:

- 20.1.** Dar por recibido y acoger el presente informe que contiene las propuestas de respuesta al recurso de objeción interpuesto por la empresa Instituto Costarricense de Electricidad, en contra del pliego de condiciones de la licitación mayor por etapas 2024LY-000001-SUTEL.
- 20.2.** Aprobar las respuestas al recurso de objeción interpuesto y su respectiva remisión a la Contraloría General de la República en atención a la audiencia especial concedida el 27 de setiembre de 2024.

San Jose, 08 de octubre de 2024
08866-SUTEL-DGC-2024

Atentamente,
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Glenn Fallas Fallas
Director General de Calidad

Esteban González Guillén
Dirección General de Calidad

Kevin Godínez Chaves
Dirección General de Calidad

Roberto Gamboa
Dirección General de Calidad

Juan Carlos Solórzano
Dirección General de Calidad

María Marta Allen
Unidad Jurídica

Ileana Cortés
Dirección General de Mercados

Juan Gabriel García
Dirección General de Mercados

Deryhan Muñoz
Dirección General de Competencia

Mariana Brenes
Asesora del Consejo

NI-20558-2024
Gestiones: FOR-SUTEL-DGO-PRO-LY-000001-00987-2024