

1341-SUTEL-SCS-2016

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el artículo 35 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, me permito comunicarle(s) que en sesión ordinaria 018-2016, celebrada el 20 de enero del 2016, mediante acuerdo 018-003-2016, de las 15:00 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-020-2016

“SE DECLINA COMPETENCIA PARA CONOCER CONCENTRACIÓN ENTRE LAS EMPRESAS CELESTRON, S. A. Y MULTIVISIÓN TV, S. A.”

EXPEDIENTE SUTEL CN-2511-2015

RESULTANDO

1. Que el 17 de diciembre del 2015 (NI-12498-2015) mediante escrito sin número las empresas AS MEDIA S.A. y MULTIVISIÓN TV S.A. presentaron ante la SUTEL formal solicitud de autorización de concentración entre las empresas MULTIVISIÓN TV S.A. y CELESTRON S.A., aportando diversa información (folios 002 al 091).
2. Que el 13 de enero de 2016, mediante oficio 0281-SUTEL-DGM-2016 la Dirección General de Mercados (DGM) remitió su informe de recomendación sobre la concentración entre las empresas CELESTRON S.A. Y MULTIVISIÓN TV S.A.
3. Que se han llevado a cabo las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO**PRIMERO: SOBRE EL MARCO LEGAL APLICABLE**

- **Ley General de Telecomunicaciones**

El artículo 56 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley N° 8642) establece que una concentración se entiende como la fusión, la adquisición de control accionario, las alianzas o cualquier otro acto en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general, que se realicen entre operadores de redes y proveedores de servicios en general que han sido independientes entre sí.

Igualmente define dicho artículo que de previo a realizar una concentración, los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán solicitar autorización a la SUTEL, a fin de que ésta evalúe el impacto de la concentración sobre el mercado, resultando que dicha autorización se requerirá a efectos de evitar formas de prestación conjunta que se consideren nocivas para la competencia, los intereses de los usuarios o la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Finalmente se establece que la SUTEL no autorizará las concentraciones que resulten en una adquisición de poder sustancial o incrementen la posibilidad de ejercer poder sustancial en el mercado relevante, que faciliten la coordinación expresa o tácita entre operadores o proveedores o produzcan resultados adversos para los usuarios finales. No obstante, la SUTEL podrá valorar si la concentración

es necesaria para alcanzar economías de escala, desarrollar eficiencias o para evitar la salida, en perjuicio de los usuarios, de un operador o proveedor.

El artículo 57 de la Ley N° 8642 a su vez establece que la SUTEL podrá imponer al operador o proveedor algunas condiciones para aprobar la concentración, resultando que dichas condiciones podrán aplicarse en el plazo máximo otorgado al operador o proveedor en la concesión o autorización.

▪ **Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor**

El artículo 14 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley N° 7472) establece los elementos necesarios para definir el mercado relevante que debe ser analizado en materia de análisis de concentraciones.

Por su parte el artículo 15 de la Ley N° 7472 establece los elementos que deben valorarse para definir lo referente al poder sustancial en el mercado, entre otros: participación de un agente en el mercado, posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento del mercado, existencia de barreras de entrada, existencia y poder de los competidores, las posibilidades de acceso a fuentes de insumos, y comportamiento reciente.

▪ **Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones**

El artículo 23 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, publicado en el Alcance N° 40 a La Gaceta N° 201 del 17 de octubre de 2008, define una concentración en los mismos términos indicados en el artículo 56 de la Ley N° 8642.

El artículo 24 de dicho Reglamento establece que toda concentración de operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones estará sujeta a autorización de la SUTEL, resultando que: no se autorizarán concentraciones que resulten de una adquisición de poder sustancial o incremento en la posibilidad de ejercer poder sustancial en el mercado o mercados relevantes; la SUTEL podrá valorar si la concentración es necesaria para alcanzar economías de escala, desarrollar eficiencias o para evitar la salida en perjuicio de los usuarios de un operador o proveedor; finalmente indica dicho artículo que para que la SUTEL tenga en cuenta las eficiencias económicas invocadas por las partes, el notificante deberá describir su naturaleza y efectos, cuantificando los mismos cuando sea posible, así como el plazo en el que se prevé que se desarrollen.

Igualmente define el artículo 26 los requisitos formales y elementos que deben aportar los operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones que pretendan concentrarse.

Por su parte el artículo 27 establece que están obligados a notificar una eventual concentración: a) conjuntamente las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas; b) individualmente la parte que adquiere el control exclusivo sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.

Otros elementos definidos en dicho Reglamento se refieren a la presentación de compromisos por parte de las partes que pretenden concentrarse los cuales se presentarán cuándo de una concentración puedan derivarse obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva. Estos compromisos se presentarán bien sea por iniciativa de las propias partes notificantes o a instancia de la SUTEL.

Finalmente, define el artículo 19 lo referente a las eficiencias que puede valorar la SUTEL: la obtención de ahorros en recursos que permiten, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o mayor cantidad del bien al mismo costo; la obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta o separada; la disminución significativa de los gastos administrativos; la disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura.

SEGUNDO: SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA CONCENTRACIÓN SOMETIDA A AUTORIZACIÓN

- I. Que en primer lugar se debe determinar si la solicitud presentada cumple con todos los requisitos formales exigidos reglamentariamente.
- II. Que es necesario determinar si la solicitud de concentración cumple con los elementos esenciales para que deba ser autorizada por la SUTEL. Por ello, para determinar sobre la admisibilidad de la solicitud de concentración sometida a autorización deben analizarse los siguientes elementos: a) si la operación cuya aprobación se solicita involucra al menos dos o más operadores de redes y/o operadores de servicios de telecomunicaciones; b) si los agentes económicos involucrados en la transacción son independientes entre sí; y c) si la transacción a notificar implica una transferencia de control de al menos una de las entidades participantes, o la creación de un nuevo agente económico bajo el control conjunto de las empresas participantes del negocio.
- III. Que para valorar lo anterior, conviene extraer del informe presentado por la DGM mediante nota 0281-SUTEL-DGM-2016, el cual es acogido en su totalidad por este Consejo, lo siguiente:

2.1. Sobre el hecho de si la operación involucra operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones en Costa Rica.

Para determinar el primer punto se verificará tanto la existencia de un título habilitante para realizar tal actividad, como también si de hecho la actividad habitual, aunque no necesariamente principal, de las empresas involucradas se circunscribe a la operación de redes o prestación de servicios de telecomunicaciones, con lo cual se entiende que cumple con este requisito toda aquella empresa que se dedique directa o indirectamente a esta actividad.

Así el elemento que es necesario tener en cuenta es si las empresas involucradas se refieren a proveedores de servicios de radiodifusión sonora, por lo cual se entra a valorar la circunstancia particular de la operación de concentración sometida a autorización.

2.1.1. Sobre la Transacción.

2.1.1.1. Partes.

- i. *Empresa cuyo capital pretende ser adquirido.*

La empresa CELESTRON S.A. es una sociedad constituida en el año 1997 quien es concesionaria de los Canales 9 (frecuencias 186 A 192 MHz) y 39 (frecuencias 620 a 626 MHz) y de las frecuencia de enlace 7112.5 MHz y 6620 a 6640 MHz, lo anterior según contratos de concesión 039-2007 CDR del 14 de setiembre de 2007 y 040-2008 CNR del 31 de marzo de 2008. Las anteriores frecuencias permiten ofrecer el servicio de radiodifusión televisiva de acceso libre. El 100% de las acciones de esta empresa pertenecen a la empresa AS MEDIA S.A.

- ii. *Empresa adquiriente.*

La empresa MULTIVISIÓN TV S.A. es una sociedad constituida en el año 2015 cuyo objeto es la operación y explotación de negocios relacionados con la radio y la televisión, a través de cualquier plataforma tecnológica. No consta en la SUTEL que esta empresa posea algún tipo de título habilitante, sea concesión, autorización o permiso, que la constituyan como operador o proveedor de servicios de telecomunicaciones. Por lo cual se concluye que esta empresa actualmente no es operador ni proveedor de servicios de telecomunicaciones.

2.1.1.2. Objeto de la transacción.

- i. *Objeto de la operación.*

El objetivo de la concentración es la adquisición del 100% de las acciones de CELESTRON S.A. por parte de la empresa MULTIVISIÓN TV S.A.

2.1.2. Sobre los Mercados involucrados en la Operación.

2.1.2.1. Mercado de producto.

Como fue indicado por las partes de la concentración, la operación notificada básicamente afecta a al servicio de radiodifusión televisiva de acceso libre. La radiodifusión es un servicio de telecomunicaciones concesionado por el Estado que permite transmitir las señales de televisión mediante el uso del espectro radioeléctrico, el cual es el medio por el que se transmiten las señales de manera libre y gratuita a los usuarios siempre que ellos cuenten con un receptor (televisión).

Igualmente conviene tener presente lo definido en relación con el servicio de radiodifusión sonora en el artículo 29 de la Ley N° 8642 y en el artículo 96 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones indican que los servicios de radiodifusión televisiva se entienden como servicios de programación comercial, educativa o cultural, que pueden ser recibidos libremente por el público, en general, sin pago de derechos de suscripción, y sus señales se transmiten en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea.

Una de las características centrales del servicio de radiodifusión de acceso libre es que el consumidor no paga por los servicios que recibe, sino que el simple hecho de contar con un receptor (televisión) posibilita el consumo de los contenidos emitidos por las diferentes televisoras que transmiten en un área geográfica determinada.

Esta característica de gratuidad del servicio resulta esencial para la definición del mercado relevante afectado por la operación de concentración, ya que resultaría que el servicio de radiodifusión televisiva no sería en sí mismo el mercado relevante afectado por la concentración, sino que el mercado lo vendrían a constituir aquellos servicios que operan sobre la plataforma de radiodifusión sonora. Así, dejando de lado el tema de la pluralidad informativa, los principales servicios afectados por la concentración podrían constituir los siguientes mercados dependiendo de los agentes involucrados en la concentración:

- Mercado de la publicidad.
- Mercado para la producción de contenido audiovisual.
- Mercado para la adquisición de contenido audiovisual.
- Mercado de la producción y distribución de canales.

Esta definición del mercado relevante ha venido siendo utilizada por la Comisión Europea en distintos casos, al respecto se pueden considerar las concentraciones Cinven/UPC France (Caso COMP/M.4204), Newscorp/Premiere (Caso COMP/M.5121), ANTENA 3/LA SEXTA (Caso COM/M.6547), entre otras.

A partir de lo anterior resulta evidente que independientemente de cuál o cuáles de los cuatro mercados resulten afectados por la concentración, lo cierto del caso es que la SUTEL no tiene competencia para entrar a analizar el impacto de la concentración en dichos mercados relevantes, en cuanto los mismos no se refieren a la operación de redes y/o a la prestación de servicios de telecomunicaciones.

Con lo cual la presente concentración si bien involucra un concesionario del espectro radioeléctrico no podría estar cubierta por lo establecido en el Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones, el cual se encuentra establecido en el Capítulo II del Título III de la Ley N° 8642, en virtud de que la misma viene a afectar un mercado relevante que no tiene relación con la operación de redes y/o la prestación de servicios de telecomunicaciones.

El artículo 56 de la Ley N° 8642 define claramente lo anterior:

"Previo a realizar una concentración, los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán solicitar la autorización de la Sutel, a fin de que esta evalúe el impacto de la concentración sobre el mercado. Dicha autorización se requerirá con el fin de evitar formas de prestación conjunta que se consideren nocivas a la competencia, los intereses de los usuarios o la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones" (lo destacado es intencional).



Es decir, el proceso de autorización de concentración que lleva a cabo la SUTEL se hace con el objeto de evitar una afectación al mercado de las telecomunicaciones, siendo que como ya se vio la presente concentración no viene a afectar el mercado de las telecomunicaciones, se encuentra que la SUTEL carecería de competencia para analizarla en virtud de que los efectos de la misma se presentan en un mercado relevante que no es un mercado de telecomunicaciones

Lo anterior es concordante con lo manifestado por la Procuraduría General de la República en su opinión OJ-85-2009 del 08 de setiembre del 2009, la cual indicaba lo siguiente en lo que interesa:

"Conforme se deriva del artículo 29 de la Ley 8642, los servicios de radiodifusión son los únicos servicios de telecomunicaciones que no se regulan totalmente por la Ley de Telecomunicaciones. La aplicación de esta Ley está excluida en tratándose del otorgamiento de las concesiones necesarias para prestar el servicio. No obstante, esa exclusión es parcial. En primer lugar, **porque las redes que sirven a la prestación de los servicios de radiodifusión quedan sometidos a la Ley** "en materia de planificación, administración y control del espectro radioeléctrico, acceso e interconexión y al **régimen sectorial de competencia** previsto en esta Ley" (lo destacado es intencional).

Lo cual permite concluir que a las redes que soportan la prestación de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre les es de aplicación el Régimen Sectorial de Competencia¹, el cual se encuentra contenido en el Capítulo II del Título III de la Ley N° 8642. En ese sentido se entiende que las redes que soportan los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre se refieren, de conformidad con el artículo 6 de la Ley N° 8642, a los "sistemas de transmisión y demás recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios radioeléctricos, con inclusión de las redes satelitales, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos o de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, utilizadas para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada" (lo destacado es intencional), siendo evidente que los elementos esenciales que constituyen las redes de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre son las frecuencias principales y accesorias (secundarias), dedicadas a enlaces, que permiten la transmisión de la señal de un punto a otro.

Así las cosas se concluye que la competencia que tiene la SUTEL en relación con los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre en materia de concentraciones se circunscribe a lo relativo a las redes que soportan dicho servicio y no a la prestación del servicio como tal, con lo cual se excluyen elementos como la programación, el contenido del servicio y la publicidad pagada en dicho medio. En virtud de lo cual, al afectar la presente concentración principalmente servicios relacionados con la publicidad en radio, no competería a la SUTEL conocerla.

Lo anterior a su vez es concordante con el criterio previo emitidos por el Consejo de la SUTEL en su resolución RCS-180-2015 de las 17:00 horas del 16 de setiembre del 2015.

2.2. Sobre el hecho de si los agentes económicos involucrados en la transacción son independientes entre sí.

El segundo elemento a verificar se refiere al hecho de si los agentes involucrados son independientes entre sí. Sobre este particular se encuentra del análisis de la documentación aportada al expediente CN-2511-2015, que hasta el momento las empresas MULTIVISIÓN TV S.A. y CELESTRON S.A. (propiedad de AS MEDIA S.A.) han sido agentes independientes.

2.3. Sobre el hecho de si la transacción implica una transferencia de control de al menos una de las entidades participantes, o la creación de un nuevo agente económico bajo el control conjunto de las empresas participantes del negocio.

Para estos efectos, se entiende por "control" la posibilidad, de hecho o de derecho, de ejercer control sobre una empresa o sus activos, teniendo el poder de adoptar o de bloquear decisiones que

¹ La Procuraduría reafirma que el régimen de la radiodifusión abierta es mixto, ya que se le aplica tanto la Ley de Radio como la Ley General de Telecomunicaciones.

determinen su comportamiento comercial estratégico. En virtud de que el objeto de la concentración es la compra del 100% de las acciones de la empresa CELESTRON S.A. por parte de MULTIVISIÓN TV S.A. por lo que se desprende con claridad que esta última adquirirá control total sobre la primera".

- IV. Que la competencia que tiene la SUTEL en relación con los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre en materia de concentraciones se circunscribe a lo relativo a las redes que soportan dicho servicio y no a la prestación del servicio como tal, con lo cual se excluyen elementos como la programación y el contenido del servicio.
- V. Que el artículo 56 de la Ley N° 8642 claramente define que la autorización de concentración ante la SUTEL se requerirá *"con el fin de evitar formas de prestación conjunta que se consideren nocivas a la competencia, los intereses de los usuarios o la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones"*, de tal manera que SUTEL no tiene potestad para entrar a valorar la afectación de una determinada operación de concentración en mercados que no son de telecomunicaciones, más allá del hecho de que dicha operación se dé entre operadores de telecomunicaciones.
- VI. Que al ser los posibles mercados relevantes afectados por la concentración entre las empresas MULTIVISIÓN TV S.A. y CELESTRON S.A. los mercados de la publicidad, la producción de contenido audiovisual, la adquisición de contenido audiovisual y/o la producción y distribución de canales, al no constituir servicios de telecomunicaciones no podrían ser analizados por la SUTEL, ya que SUTEL carecería de competencia para analizar el impacto y los posibles efectos de la concentración en los mercados relevantes afectados.
- VII. Que existe amplia jurisprudencia internacional que respalda el hecho de que los mercados relevantes afectados por una concentración entre empresas de radiodifusión televisiva de acceso libre se refiere a los mercados de la publicidad, la producción de contenido audiovisual, la adquisición de contenido audiovisual y/o la producción y distribución de canales. Al respecto se pueden considerar las sentencias de la Comisión Europea en los casos en distintos casos, al respecto se pueden considerar las concentraciones Cinven/UPC France (Caso COMP/M.4204), Newscorp/Premiere (Caso COMP/M.5121), ANTENA 3/LA SEXTA (Caso COM/M.6547), entre otras.
- VIII. Que la Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 en su artículo 60 señala que la competencia se limitará por razón del territorio, del tiempo, de la materia y del grado, así como, por la naturaleza de la función que corresponda a un órgano dentro del procedimiento en que participa. Así las cosas, el Consejo de la SUTEL, en aplicación del principio de legalidad contemplado en el artículo 11 de dicha Ley N° 6227, no podría emitir una resolución sobre el fondo en virtud que no tiene competencia en razón de la materia para conocer la solicitud de autorización de concentración presentada MULTIVISIÓN TV S.A. y AS MEDIA S.A. para la adquisición de un 100% de las acciones de CELESTRON S.A.
- IX. Que dada la naturaleza de la concentración sometida a autorización se encuentra que la misma debe ser sometida al proceso de notificación previa de autorización de concentración definido en el artículo 16 de la Ley N° 7472, por lo cual de conformidad con el artículo 67 de la Ley N° 6227, que señala que la incompetencia es declarable de oficio en cualquier momento, lo procedente es que la SUTEL se declare incompetente para conocer de esta solicitud y remita al órgano competente el expediente donde se tramita la solicitud de autorización, que en este caso, sería la COPROCOM a efecto de que esta le dé el trámite que corresponda.
- X. Que con fundamento en los antecedentes de hecho y derecho desarrollados de previo este Consejo considera que lo procedente es declararse incompetente para conocer la concentración sometida a autorización de la SUTEL entre las empresas MULTIVISIÓN TV S.A. y CELESTRON S.A., tramitada en el expediente SUTEL CN-2511-2015, y trasladar la misma a la COPROCOM para que esta resuelva lo que conforme a derecho corresponda.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, ley 8642 y su Reglamento; Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ley 7593; Ley General de la Administración Pública, ley 6227.

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

1. **DECLARAR** la incompetencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones para conocer la concentración sometida a autorización entre las empresas CELESTRON S.A. y MULTIVISIÓN TV S.A. y tramitada en el expediente SUTEL CN-2511-2015, esto con fundamento en lo establecido en los artículos 60 y 67 de la Ley N° 6227
2. **TRASLADAR** a la COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA la concentración entre las empresas CELESTRON S.A. y MULTIVISIÓN TV S.A. para lo que en derecho corresponda.
3. **REMITIR** a la Comisión para Promover la Competencia junto con la presente resolución la totalidad de los folios que conforman el expediente SUTEL CN-2511-2015.
4. **INDICAR** a las empresas CELESTRON S.A. y MULTIVISIÓN TV S.A. que de autorizarse la concentración deberán notificar oficialmente a la Superintendencia de Telecomunicaciones para efectos de la actualización del capital accionario de la empresa CELESTRON S.A. en el Registro Nacional de Telecomunicaciones.

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

NOTIFÍQUESE.

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

Atentamente,

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES



Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo
 COSTA RICA