

3594-SUTEL-SCS-2015

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 extraordinaria 026-2015, celebrada el 22 de mayo del 2015, mediante acuerdo 008-026-2015, de las 13:00 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-088-2015

“RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INCOADO AL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD POR LA PRESUNTA PRÁCTICA MONOPOLÍSTICA AL REALIZAR UN ACTO DELIBERADO QUE TUVO COMO ÚNICO FIN PROCURAR LA SALIDA DE OPERADORES O PROVEEDORES, O IMPLICÓ UN OBSTÁCULO PARA SU ENTRADA.

EXPEDIENTE SUTEL-OT-212- 2011

Procedimiento administrativo sancionador ordinario incoado de oficio en virtud de denuncia interpuesta por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. cédula jurídica 3-101-610198 en contra del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, cédula jurídica número 4-000-042139, para averiguar la verdad real de los hechos y establecer la presunta responsabilidad administrativa por infracción a lo dispuesto en los artículos 54 y 67 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT), Ley 8642 y los artículos 13, 14, 15 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (LPCDEC), Ley 7472. Finalizada la instrucción del expediente sancionador SUTEL-OT-212- 2011 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el órgano instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de Superintendencia de adopta la siguiente resolución:

RESULTANDO

1. Que el 20 de diciembre de 2011, por escrito (NI-5024-11), la señora Alejandra Montiel Quirós, con cédula de identidad número 1-0828-0687 en su condición de Apoderada con facultades suficientes para este acto de la sociedad TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., cédula de persona jurídica número 3-101-610198, presentó denuncia ante la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante SUTEL) por supuestas prácticas monopolísticas relativas en contra del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (en adelante ICE), cédula jurídica número 4-000-042139, y solicitó establecer una medida cautelar al respecto (folios 2 a 46).
2. Que el 03 de enero de 2012, mediante oficio **0002-SUTEL-DGM-2012**, la Dirección General de Mercados (en adelante DGM) solicitó a la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. aportar certificación de poder especial (folios 47 al 48).
3. Que el 03 de enero de 2012, mediante escrito sin número (NI-0015-2012), TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. aportó certificación de poder generalísimo de la señora Alejandra Montiel Quirós (folios 49 al 51).
4. Que el 10 de enero de 2012, mediante escrito sin número realizó “*Calificación de Admisibilidad*” de la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. (folios 52 al 55).
5. Que el 04 de enero de 2012, la Dirección General de Mercados mediante oficio **0019-SUTEL-**

- DGM-2012** solicitó a la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) emitir su criterio respecto a la denuncia presentada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. contra el ICE por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas en el mercado de telefonía móvil (folio 56).
6. Que el 10 de enero de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. presentó solicitud de pronto despacho de la denuncia presentada contra el ICE (folios 57 al 62).
 7. Que el 06 de enero de 2012, la DGM mediante oficio **0073-SUTEL-DGM-2012** respondió a la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. respecto a la solicitud de pronto despacho (folios 63 al 65).
 8. Que el 11 de enero de 2012, el ICE mediante escrito sin número (NI-0153-2012) presentó autorización para que el señor Juan Carlos Herrera Flores pueda acceder al expediente administrativo SUTEL OT-212-2011 (folio 66).
 9. Que el 12 de enero de 2012, la Secretaria del Consejo de la SUTEL mediante oficio **033-SUTEL-SC-2012** remitió el acuerdo 007-002-012 de la sesión ordinaria 002-2012 del 11 de enero de 2012, mediante el cual solicitó a la DGM realizar una investigación preliminar en la denuncia presentada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. (folios 67 al 69).
 10. Que el 29 de enero de 2012, la empresa CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. solicitó acceso para revisar y copiar el expediente SUTEL OT-212-2011 (folio 70).
 11. Que el 31 de enero de 2012, la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) mediante Opinión número **OP-02-12** (NI-0423-2012 y NI-0484-2012) comunicó a la SUTEL su criterio positivo respecto a la procedencia de iniciar la apertura de un procedimiento administrativo contra el ICE por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas en el mercado de telefonía móvil conforme la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. (folios 71 al 84 y 88 al 101).
 12. Que el 31 de enero de 2012, el Presidente del Consejo de la SUTEL mediante oficio **266-SUTEL-2012** respondió a la empresa CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. que no se le podía otorgar acceso al expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 85 al 87).
 13. Que el 03 de febrero de 2012, la DGM mediante oficio **0376-SUTEL-DGM-2012** solicitó al ICE una serie de información para llevar a cabo la investigación preliminar de la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. (folios 102 al 106).
 14. Que el 03 de febrero de 2012, la DGM mediante oficio **0377-SUTEL-DGM-2012** solicitó a las empresas TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. y a CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. una serie de información para llevar a cabo la investigación preliminar de la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. (folios 107 al 111).
 15. Que el 03 de febrero de 2012, la DGM mediante oficio **0378-SUTEL-DGM-2012** solicitó a las empresas VIRTUALIS S.A. y TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. una serie de información para llevar a cabo la investigación preliminar de la denuncia interpuesta por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. (folios 112 al 115).
 16. Que el 03 de febrero de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-0568-2012) solicitó el inicio del procedimiento administrativo contra el ICE y reiteración de solicitud de medida cautelar (folios 116 al 120).
 17. Que el 09 de febrero de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-0667-2012) solicitó el cierre de la investigación preliminar e impugnó el

oficio 377-SUTEL-DGM-2012 (folios 121 al 128).

18. Que el 09 de febrero de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-0677-2012) solicitó copia del expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 129 al 133).
19. Que el 09 de febrero de 2012, los apoderados de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. Claudio José Donato Monge y Marco López Volio mediante escrito sin número (sin número de NI) autorizó al señor Wagner Pasos Carmona para que copie el expediente SUTEL OT-212-2011 (folio 134).
20. Que el 09 de febrero de 2012, la empresa TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. mediante escrito sin número (NI-0681-2012) solicitó una prórroga para presentar la información requerida en el oficio 378-SUTEL-DGM-2012 (folio 135).
21. Que el 16 de febrero de 2012, la DGM mediante oficio **0568-SUTEL-DGM-2012** respondió a la empresa TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. respecto a la solicitud de prórroga presentada (folio 136 al 138).
22. Que el 20 de febrero de 2012, el Archivo Central de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) mediante memorando número 20-2012 indicó que se re-folió el expediente SUTEL OT-212-2011 (folio 139).
23. Que el 28 de febrero de 2012, la Secretaria del Consejo de la SUTEL mediante oficio número **172-SUTEL-SC-2012** remitió el acuerdo del Consejo de la SUTEL número 015-010-2012 de la sesión ordinaria 010-2012 del 17 de febrero de 2012 (folios 140 y 193).
24. Que el 24 de febrero de 2012, el ICE mediante oficio 264-100-2012 (NI-0944-2012) respondió a lo solicitado mediante nota 376-SUTEL-DGM-2012 (folios 141 al 151).
25. Que el 23 de febrero de 2012 se notificó la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-032-2012 de las 12:30 horas del 17 de febrero de 2012 mediante la cual se otorgó audiencia sobre solicitud de medida cautelar presentada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. (folios 152 al 159).
26. Que el 28 de febrero de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-0989-2012) respondió a audiencia sobre solicitud de medida cautelar (folios 160 al 169).
27. Que el 28 de febrero de 2012, el ICE mediante escrito sin número (NI-0997-2012) respondió a audiencia sobre solicitud de medida cautelar (folios 170 al 190).
28. Que el 22 de marzo de 2012, la DGM mediante memorando número DGO-GD-009-2012 solicitó a los encargados del Archivo Central re-foliar el expediente SUTEL OT-212-2012 (folios 191 al 192).
29. Que el 22 de febrero de 2012, la DGM mediante oficio **655-SUTEL-DGM-2012** presentó "*Informe Técnico-Jurídico sobre Recurso de Revocatoria presentado por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A.*" (folios 194 al 204).
30. Que el 29 de febrero de 2012, la DGM mediante oficio **753-SUTEL-DGM-2012** presentó al ICE una solicitud de ampliación sobre requerimiento de información del oficio 376-SUTEL-DGM-2012 (folios 205 al 207).
31. Que el 29 de febrero de 2012, la Secretaria del Consejo de la SUTEL mediante oficio **199-SUTEL-**

- SC-2012** solicitó a la DGM referirse al recurso de revocatoria presentado por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. (folio 208).
32. Que el 06 de marzo de 2012, la DGM mediante oficio 835-SUTEL-DGM-2012 presentó al Consejo de la SUTEL "*Informe sobre investigación preliminar ante denuncia presentada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. contra el ICE por presuntas prácticas monopolísticas relativas*" (folios 209 al 216).
 33. Que el 06 de marzo de 2012, el ICE mediante oficio número 264-129-2012 (NI-1129-2012) respondió a aclaración sobre información de suscriptores mensuales (folios 217 al 218).
 34. Que el 06 de marzo de 2012, la empresa TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. mediante escrito sin número (NI-1137-2012) respondió a lo solicitado en la nota 378-SUTEL-DGM-2012 (folios 219 al 221).
 35. Que el 07 de marzo de 2012, la Secretaría del Consejo de la SUTEL mediante oficio número **229-SUTEL-SC-2012** comunicó el acuerdo 010-013-2012 de la sesión 013-2012 del 29 de febrero de 2012 en el cual se solicita a la DGM elaborar un informe de cierre referente a la investigación preliminar tramitada en el expediente SUTEL OT-212-2011 (folio 222).
 36. Que el 07 de marzo de 2012, TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-1148) presentó una solicitud para que se mantenga completo y actualizado el expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 223 al 225).
 37. Que el 09 de marzo de 2012, se notificó la resolución número **RCS-085-2012** de las 11:50 horas del 07 de febrero de 2012 en la cual "*Se resuelve recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. contra el oficio 377-SUTEL-DGM-2012 del 03 de febrero de 2012*" (folios 226 al 240).
 38. Que el 08 de marzo de 2012, el ICE mediante oficio número 264-128-2012 (NI-1205-2012) presentó ampliación sobre requerimiento de información remitido mediante oficio 376-SUTEL-DGM-2012 (folios 241 a 243).
 39. Que el 15 de marzo de 2012, la Secretaría del Consejo de la SUTEL mediante oficio número **277-SUTEL-SC-2012** comunicó el acuerdo 025-015-2012 de la sesión 015-2012 del 07 de marzo de 2012 en el cual se solicita gestionar el inicio de un procedimiento administrativo contra el ICE por presuntas prácticas monopolísticas (folio 244).
 40. Que el 19 de marzo de 2012, el ICE mediante oficio número 264-162-2012 (NI-1427-2012) presentó ampliación sobre requerimiento de información remitido mediante oficio 376-SUTEL-DGM-2012 (folios 245 a 248).
 41. Que el 20 de marzo de 2012, la empresa VIRTUALIS S.A. mediante escrito sin número (NI-1428-2012) presentó la información requerida mediante nota 378-SUTEL-DGM-2012 (folios 249 al 251).
 42. Que el 19 de marzo de 2012, el Presidente del Consejo de la SUTEL mediante oficio 1024-SUTEL-2012 respondió a la solicitud de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. para que se mantenga completo y actualizado el expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 252 al 259).
 43. Que el 19 de marzo de 2012, la DGM mediante oficio **1026-SUTEL-DGM-2012** remitió "*Informe sobre solicitud de medida cautelar por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. contra el ICE*" (folios 260 al 269).
 44. Que el 28 de marzo de 2012 se notificó la resolución del Consejo de la SUTEL número **RCS-101-**

- 2012** de las 11:40 horas del 23 de marzo de 2012 en la cual se rechaza medida cautelar solicitada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. (folios 270 al 286).
45. Que el 28 de marzo de 2012 se notificó la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-102-2012 de las 11:50 horas del 23 de marzo de 2012 en la cual se lleva a cabo una declaratoria de confidencialidad de las piezas del expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 287 al 300).
 46. Que el 12 de abril de 2012, el Departamento de Gestión y Documentación de la ARESEP mediante auto sin número procedió a extraer los folios declarados confidenciales en resolución RCS-102-2012 (folio 301).
 47. Que el 30 de marzo de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-1680-2012) presentó recurso de reposición contra la resolución RCS-101-2012 de la Consejo de la SUTEL (folios 302 al 316).
 48. Que el 09 de abril de 2012, se notificó la resolución del Consejo de la SUTEL número **RCS-114-2012** de las 11:55 horas del 23 de marzo de 2012 en la cual se realiza "Apertura de procedimiento administrativo de competencia" (folios 319 al 326).
 49. Que el 09 de mayo de 2012, se notificó la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 08:00 horas del 09 de mayo de 2012 en la cual se llevó a cabo la respectiva intimación de hechos e imputación de cargos al ICE (folios 328 al 358).
 50. Que el 09 de mayo de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-2405-2012) presentó apersonamiento formal y constitución de parte de procedimiento administrativo ordinario de competencia (folio 359 al 362).
 51. Que el 11 de mayo de 2012, el Órgano Director del procedimiento mediante oficio **1768-SUTEL-DGM-2012** remitió al ICE requerimiento de información del expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 363 al 374).
 52. Que el 11 de mayo de 2012, el Órgano Director del procedimiento mediante oficio **1769-SUTEL-DGM-2012** remitió a TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. requerimiento de información del expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 375 al 377).
 53. Que el 11 de mayo de 2012, el Órgano Director del procedimiento mediante oficio **1772-SUTEL-DGM-2012** remitió a CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. requerimiento de información del expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 378 al 380).
 54. Que el 11 de mayo de 2012, el Órgano Director del procedimiento mediante oficio **1773-SUTEL-DGM-2012** remitió a las empresas VIRTUALIS S.A. y TELEVISORA DE COSTA RICA TC S.A. requerimiento de información del expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 381 al 384).
 55. Que el 17 de mayo de 2012, el ICE mediante escrito sin número (sin número de NI) remitió solicitud de copia del expediente SUTEL OT-212-2011 (folio 385).
 56. Que el 15 de mayo de 2012, el ICE mediante escrito sin número (NI-2520-2012) señaló lugar para remitir notificaciones (folio 386).
 57. Que el 18 de mayo de 2012, el ICE mediante escrito sin número (NI-2590-2012) otorgó poder especial a Yaila Sánchez Canessa, Hans Jiménez Láscares y José Luis Navarro Vargas a fin de que representen al ICE en el procedimiento administrativo tramitado en el expediente SUTEL OT-212-2011 (folio 387).

58. Que el 23 de mayo de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-2691-2012) remitió solicitud de aclaración del oficio 1769-SUTEL-DGM-2012 (folio 388).
59. Que el 30 de mayo de 2012, la empresa TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. mediante escrito sin número (NI-2752-2012) respondió a lo solicitado en oficio 1773-SUTEL-DGM-2012 (folios 389 al 390).
60. Que el 25 de mayo de 2012, el ICE mediante oficio número 264-278-2012 (NI-2756-2012) respondió a lo solicitado en oficio 1768-SUTEL-DGM-2012 (folios 391 al 403).
61. Que el 30 de mayo de 2012, VIRTUUALIS S.A. mediante escrito sin número (NI-2836-2012) respondió a lo solicitado en nota 1773-SUTEL-DGM-2012 (folios 404 al 405).
62. Que el 31 de mayo de 2012, el Órgano Director del procedimiento mediante oficio 2110-SUTEL-DGM-2012 respondió a TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. la solicitud de aclaración presentada (folios 406 al 408).
63. Que el 31 de mayo de 2012, el Órgano Director del procedimiento mediante oficio 2111-SUTEL-DGM-2012 previno a la empresa CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. de cumplir lo solicitado en oficio 1772-SUTEL-DGM-2012 (folios 409 al 411).
64. Que el 31 de mayo de 2012, el ICE mediante oficio 264-291-2012 (NI-2896-2012) respondió a lo solicitado en la nota 1768-SUTEL-DGM-2012 (folios 412 al 416).
65. Que el 31 de mayo de 2012, el ICE mediante oficio 264-292-2012 (NI-2894-2012) respondió a lo solicitado en la nota 1768-SUTEL-DGM-2012 (folios 417 al 420).
66. Que en fecha 04 de junio de 2012, Claudio José Donato Monge mediante escrito sin número (NI-2948-2012) autorizó al señor Claudio Antonio Donato López para que copiara el expediente SUTEL OT-212-2011 (folio 421).
67. Que el 04 de junio de 2012, la empresa CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. mediante oficio DG109 (NI-2946-2012) respondió a lo solicitado mediante nota 1772-SUTEL-DGM-2012 (folio 422 al 423).
68. Que el 06 de junio de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-3014-2012) presentó una solicitud de prórroga para presentar la información requerida en el oficio 2110-SUTEL-DGM-2012 (folios 424 al 426).
69. Que el 22 de junio de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-3459-2012) presentó respuesta a requerimiento de información contenido en el oficio 2110-SUTEL-DGM-2012 (folios 429 al 432).
70. Que el 19 de julio de 2012 se notificó la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 13:30 horas del 19 de julio de 2012, mediante la cual se trasladó al ICE la solicitud presentada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. de ser parte del procedimiento (folios 433 al 436).
71. Que el 27 de julio de 2012 el ICE mediante escrito sin número (NI-4198-2012) respondió a audiencia escrita otorgada por el Órgano Director para referirse a la solicitud presentada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. de ser parte del procedimiento (folios 437 al 442).
72. Que el 31 de julio de 2012, Claudio José Donato Monge mediante escrito sin número (NI-4254-2012) autorizó al señor Claudio Antonio Donato López para que copiara el expediente SUTEL OT-

212-2011 (folio 443).

73. Que el 03 de agosto de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-4346-2012) presentó réplica a audiencia otorgada por el Órgano Director para referirse a la solicitud presentada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. de ser parte del procedimiento (folios 444 al 450).
74. Que el 06 de agosto de 2012, Claudio José Donato Monge mediante escrito sin número (NI-4378-2012) autorizó al señor Claudio Antonio Donato López para que copiara el expediente SUTEL OT-212-2011 (folio 451).
75. Que el 17 de mayo de 2012, TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante correo electrónico (sin número de NI) remitió consulta respecto a información solicitada en oficio 1769-SUTEL-DGM-2012 (folios 452 al 455).
76. Que el 10 de setiembre de 2012, se notificó la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 14:00 horas del 04 de setiembre de 2012, mediante la cual se resolvió solicitud presentada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. de ser parte del procedimiento (folios 456 al 474).
77. Que el 10 de setiembre de 2012, el ICE mediante escrito sin número (NI-5138-2012) presentó un recurso de revocatoria contra la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 14:00 horas del 04 de setiembre de 2012 (folios 475 al 478).
78. Que el 11 de octubre de 2012, el Órgano Director del Procedimiento mediante oficio **4210-SUTEL-DGM-2012** remitió copia pública del informe contenido en el oficio 835-SUTEL-DGM-2012 (folios 479 al 487).
79. Que el 13 de noviembre de 2012, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-6845-12) presentó una solicitud de pronto despacho del procedimiento administrativo (folios 488 al 491).
80. Que el 13 de noviembre de 2012 se notificó la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 09:00 horas del 07 de noviembre de 2012, mediante la cual se rechazó el recurso de revocatoria interpuesto por el ICE contra la resolución del Órgano Director de las 14:00 horas del 04 de setiembre de 2012 (folios 492 al 504).
81. Que el 15 de noviembre de 2012, el ICE mediante escrito sin número (NI-6920-2012) presentó una solicitud de adición y aclaración a la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 09:00 horas del 07 de noviembre de 2012 (folios 505 al 509).
82. Que el 23 de noviembre de 2012 se notificó la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 09:00 horas del 22 de noviembre de 2012, mediante la cual se acoge parcialmente la solicitud de aclaración y adición interpuesta por el ICE contra la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 09:00 horas del 07 de noviembre de 2012 (folios 510 al 523).
83. Que el 22 de noviembre de 2012, el Órgano Director del procedimiento mediante oficio **4801-SUTEL-DGM-2012** remitió un requerimiento de información sobre las promociones Chip Extremo y Kit Prepago con Chip Extremo (folios 524 al 531).
84. Que el 21 de noviembre de 2012, la Secretaría del Consejo de la SUTEL mediante oficio **1245-SUTEL-SCS-2012** remitió acuerdo del Consejo de la SUTEL número 014-071-2012 de la sesión 071-2012 celebrada el 14 de noviembre de 2012, mediante el cual se instruyó ampliar el procedimiento administrativo para que se investigue la continuación de la promoción "Chip Extremo" y "Chip SMS Extremo" en el período 01 de octubre de 2012 al 15 de noviembre de 2012

(folios 532 al 535).

85. Que el 28 de noviembre de 2012, el ICE mediante oficio 264-615-2012 (NI-7267-2012) solicitó una prórroga para presentar la información requerida en la nota 4801-SUTEL-DGM-2012 (folio 536).
86. Que el 29 de noviembre de 2012, el Órgano Director del procedimiento mediante oficio **4981-SUTEL-DGM-2012** respondió a la solicitud de prórroga presentada por el ICE EN NOTA 264-615-2012 (folios 537 al 540).
87. Que el 12 de diciembre de 2012, el ICE mediante oficio 264-638-2012 (NI-7605-2012) remitió la información requerida en la nota 4801-SUTEL-DGM-2012 (folio 541 al 543).
88. Que el 14 de diciembre de 2012 se notificó la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 10:40 horas del 14 de diciembre de 2012, mediante la cual se amplía la intimación de hechos al ICE (folios 544 al 572).
89. Que el 19 de diciembre de 2012, el ICE mediante escrito sin número (NI-7755-2012 y NI-7759-2012) presentó un recurso de revocatoria contra la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 10:40 horas del 14 de diciembre de 2012 (folios 573 al 580).
90. Que el 30 de enero de 2013, el ICE mediante oficio 264-031-2013 (NI-0709-2013) remitió información adicional respecto a lo requerido en la nota 4801-SUTEL-DGM-2012 (folios 583 al 584).
91. Que el 08 de marzo de 2013, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-1801-2013) solicitó que se resuelve el recurso de revocatoria presentado por el ICE contra la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 10:40 horas del 14 de diciembre de 2012 (folios 585 al 586).
92. Que el 22 de abril de 2013 se notificó la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 09:20 horas del 22 de abril de 2013, mediante la cual se resuelve el recurso de revocatoria presentado por el ICE contra la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 10:40 horas del 14 de diciembre de 2012 (folios 587 al 601).
93. Que el 26 de abril de 2013, el Órgano Director del procedimiento, mediante oficio **2053-SUTEL-DGM-2013** presentó *"Informe sobre recurso de revocatoria interpuesto por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. contra la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-101-2012 de las 11:40 horas del 23 de marzo de 2012"* (folios 602 al 610).
94. Que el 09 de mayo de 2013 se notificó la resolución del Consejo de la SUTEL número **RCS-154-2013** de las 10:15 horas del 30 de abril de 2013, mediante la cual se *"Resuelve recurso de revocatoria interpuesto por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. contra la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-101-2012 de las 11:40 horas del 23 de marzo de 2012"* (folios 611 al 620).
95. Que el 16 de mayo de 2013 se notificó la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 08:40 horas del 16 de mayo de 2013, mediante la cual se lleva a cabo el trámite de reposición de piezas del expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 621 al 627).
96. Que el 24 de mayo de 2013, el ICE mediante escrito sin número (NI-3900-2013) se refirió a la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 08:40 horas del 16 de mayo de 2013 (folio 628).
97. Que el 28 de mayo de 2013 se notificó la resolución del Órgano Director del procedimiento de las

09:00 horas del 28 de mayo de 2013, mediante la cual se anula la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 08:40 horas del 16 de mayo de 2013 (folios 631 al 638).

98. Que el 29 de mayo de 2013 se notificó la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 09:30 horas del 29 de mayo de 2013, mediante la cual se cita a audiencia oral y privada a las partes del procedimiento administrativo (folios 639 al 662).
99. Que el 18 de junio de 2013, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-4606-2013) presentó una solicitud de información para ser incorporada como prueba en el procedimiento administrativo (folios 663 al 665).
100. Que el 18 de julio de 2013, el ICE mediante oficio número 264-340-2013 (NI-5842-2013) presentó una solicitud de información para ejercer su derecho de defensa en el procedimiento administrativo (folio 666).
101. Que el 24 de julio de 2013, el ICE mediante escrito sin número (NI-6045-2013) presentó una solicitud indicando que la información solicitada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. no es procedente, en cuanto al carácter confidencial de la información solicitada (folios 667 al 669).
102. Que el 24 de julio de 2013, el ICE mediante escrito sin número (NI-6046-2013) presentó poder especial autorizando al señor Juan Carlos Herrera Flores para hacer todo lo que el poderante haría hasta la terminación del procedimiento administrativo (folio 670).
103. Que el 31 de julio de 2013 se notificó la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 09:30 horas del 31 de julio de 2013, mediante la cual se suspende la audiencia oral y privada que había sido convocada para llevarse a cabo en fechas 05, 06, 07 y 09 de agosto de 2013, trasladándose la misma para llevarse a cabo en fechas 19, 20, 22 y 23 de agosto de 2013 (folios 671 al 676).
104. Que el 01 de agosto de 2013, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-6344-2013) presentó una solicitud de adición respecto a la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 09:30 horas del 31 de julio de 2013, (folios 677 al 678).
105. Que el 26 de julio de 2013, el Órgano Director del procedimiento, mediante oficio **3662-SUTEL-DGM-2013** presentó *"Informe sobre solicitud de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. sobre acceso a datos del ICE en el marco del procedimiento administrativo tramitado en el expediente SUTEL OT-212-2011"* (folios 679 al 683).
106. Que el 01 de agosto de 2013, el Órgano Director del procedimiento, mediante oficio **3804-SUTEL-DGM-2013** requirió a la DGM de la SUTEL una serie de datos para ser incorporados como prueba en el procedimiento administrativo tramitado en el expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 684 al 688).
107. Que el 07 de agosto de 2013, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-6486-2013) presentó una solicitud de reprogramación de la audiencia oral y privada a raíz del requerimiento de información contenido en el oficio 3804-SUTEL-DGM-2013 (folios 689 al 690).
108. Que el 08 de agosto de 2013, el ICE mediante oficio número 264-375-2013 (NI-6523-2013) indicó que una serie de información solicitada en el oficio 3804-SUTEL-DGM-2013 es confidencial (folio 691).
109. Que el 08 de agosto de 2013, el ICE mediante escrito sin número (NI-6524-2013) presentó poder especial autorizando al señor Danny Humberto Salas Guillén a fin de que represente al ICE en el

procedimiento administrativo tramitado en el expediente SUTEL OT-212-2011 (folio 692).

110. Que el 08 de agosto de 2013, la DGM mediante oficio **3911-SUTEL-DGM-2013** suministró al Órgano Director del procedimiento la información solicitada en la nota 3804-SUTEL-DGM-2013 (folios 693 al 702).
111. Que el 09 de agosto de 2013 se notificó la resolución del Consejo de la SUTEL número **RCS-245-2013** de las 10:50 horas del 07 de agosto de 2013, mediante la cual se *“Resuelve sobre solicitud de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. y del ICE de tener acceso a información declarada como confidencial mediante resoluciones RCS-102-2012 de las 11:50 horas del 23 de marzo de 2012 y RCS-341-2012 de las 09:45 horas del 14 de noviembre de 2012”* (folios 703 al 712).
112. Que el 12 de agosto de 2013, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-6620-2013) presentó recurso de revocatoria contra la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-245-2013 de las 10:50 horas del 07 de agosto de 2013 (folios 713 al 717).
113. Que el 12 de agosto de 2013, la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. mediante escrito sin número (NI-6632-2013) presentó un incidente de nulidad absoluta contra citación de comparecencia fijada a partir del 19 de agosto de 2013 (folios 718 al 720).
114. Que el 12 de agosto de 2013, el señor Juan Carlos Herrera Flores del ICE, mediante correo electrónico (NI-6687-2013) solicitó los datos de usuarios del servicio de telefonía móvil (folios 721 al 722).
115. Que el 13 de agosto de 2013, el ICE mediante oficio número 264-390-2013 (NI-6693-2013) requirió una serie de información solicitada en el oficio 3804-SUTEL-DGM-2013 perteneciente al ICE (folio 723).
116. Que el 13 de agosto de 2013 mediante auto de las 08:00 horas del 13 de agosto de 2013 el Órgano Director del procedimiento suspendió la comparecencia oral y privada programada para los días 19, 20, 22 y 23 de agosto de 2013 y rechazó la solicitud de aclaración y adición, presentada en fecha 01 de agosto de 2013 y el incidente de nulidad, presentado en fecha 12 de agosto de 2013 (folios 724 al 732).
117. Que el 26 de agosto de 2013 se notificó la resolución del Consejo de la SUTEL número **RCS-252-2013** de las 15:15 horas del 21 de agosto de 2013 mediante la cual *“Se resuelve recurso de revocatoria interpuesto por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. contra la resolución RCS-245-2013 de las 10:50 horas del 07 de agosto de 2013”* (folios 736 al 745).
118. Que el 09 de setiembre de 2013 mediante escrito sin número (NI-7495-13) la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. presentó solicitud para que se reprograme la comparecencia oral y privada del procedimiento administrativo (folio 746).
119. Que el 20 de setiembre de 2013 (NI-7892-2013), mediante oficio número 264-458-2013 el ICE solicita para efectos de plantear su defensa, se complete la información de la tabla de nombre *“Costa Rica: Usuarios Activos de Telefonía móvil por Modalidad de Pago y Proveedor de Servicios 2011-2012”* remitiendo los datos concernientes a la cantidad de clientes de los cinco Operadores, correspondiente al mes de noviembre del 2011 (folio 747).
120. Que el 23 de setiembre de 2013 (NI-7992-2013) mediante escrito sin número el ICE, presentó solicitud para que se reprograme la comparecencia oral y privada del procedimiento administrativo (folios 748 al 749).

121. Que el 24 de setiembre de 2013, mediante el oficio número **4773-SUTEL-DGM-2013** mediante el cual el Órgano Director respondió al ICE solicitud de información presentada mediante nota número 264-458-2013 (folios 750 al 751).
122. Que el 24 de octubre de 2013 el Órgano Director mediante resolución de las 16:00 señaló los días 25, 26, 27 y 29 de noviembre del 2013 para realizar la comparecencia oral y privada (folios 752 al 774).
123. Que el 13 de noviembre de 2013(NI-9510-2013), mediante escrito sin número el ICE, solicita que se le informe sobre la respuesta a la solicitud presentada mediante oficio 264-458-2013 desde el 20 de setiembre del 2013 (folio 775).
124. Que el 13 de noviembre de 2013, mediante el oficio número 5751-SUTEL-DGM-2013, el Órgano Director da respuesta a la solicitud de información sobre la respuesta a la solicitud realizada mediante nota número 264-458-2013 (folios 776 al 778).
125. Que los días 25, 26, 27 y 29 de noviembre de 2013 se realizó la **comparecencia oral y privada** señalada con la presencia del Órgano Director del procedimiento Daniel Quirós Zúñiga, los consultores técnicos Deryhan Muñoz Barquero y Adrián Mazón Villegas, la abogada María Fernanda Casafont Mata, todos funcionarios de la Dirección General de Mercados de la Superintendencia de Telecomunicaciones y por parte de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. Mario Salvador Torres Rubio, Claudio José Donato Monge, Marco Antonio López Volio, Víctor Manuel Zapata Calvo, Mario Enrique Pacheco Loaiza, Claudio Antonio Donato López, y José Pablo Rivera Ibarra y del ICE José Luis Navarro Vargas, Yaila Paola Sánchez Canessa, Juan Carlos Herrera Flores y Danny Humberto Salas Guillén (folios 3286 al 3289).
126. Que el 25 de noviembre de 2013 (NI-10004-13), mediante escrito sin número el ICE aportó **cuarenta y siete pruebas de descargo** (folios 781 al 1995).
127. Que el 28 de noviembre de 2013 (NI-10169-13) mediante escrito sin número TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. en el cual aportó **veinticuatro pruebas** (folios 1997 al 2808).
128. Que el 27 de noviembre de 2013 (NI-10170-13), mediante nota número 264-625-2013 el ICE aportan la copia impresa de la presentación realizada por los representantes y los testigos del ICE y otros documentos (folios 2811 al 2985).
129. Que el 4 de diciembre de 2013 (NI-10296-13) mediante escrito sin número los representantes del ICE presentan sus alegatos de conclusiones (folios 2986 al 3062).
130. Que el 4 de diciembre de 2013 (NI-10320-13) mediante escrito sin número los representantes de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. presentan sus alegatos de conclusiones (folios 3065 al 3124).
131. Que el 04 de marzo de 2014, el Órgano Director del procedimiento incluyó en el expediente administrativo el Acta Pública y el Acta Confidencial de la comparecencia oral y privada del procedimiento tramitado en el expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 3125 al 3280).
132. Que el 07 de marzo de 2014, el Órgano Director del procedimiento, mediante resolución de las 11:30 horas del 07 de marzo de 2014 informó a las partes que ya se encontraba disponible en el expediente administrativo SUTEL OT-212-2011 el Acta de la comparecencia oral y privada celebrada en fechas 25, 26, 27 y 29 de noviembre del 2013 (folios 3281 al 3285).
133. Que el 28 de agosto de 2014, el señor Marco López Volio, en su condición de Apoderado de la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A., mediante escrito sin número (NI-7433-14)

presentó una solicitud de pronto despacho (folios 3304 al 3308).

134. Que el 29 de agosto de 2014, el señor Marco López Volio, en su condición de Apoderado de la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A., mediante escrito sin número (NI-7433-14) presentó una aclaración a su solicitud de pronto despacho hecha en fecha 28 de agosto de 2014 (folio 3309).
135. Que el 11 de setiembre de 2014, mediante oficio **6103-SUTEL-DGM-2014**, la DGM solicitó a la COPROCOM su criterio técnico de previo a resolver sobre el procedimiento administrativo tramitado contra el ICE en el expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 3310 al 3440).
136. Que el 11 de setiembre de 2014, mediante oficio **6108-SUTEL-DGM-2014**, el Órgano Director del Procedimiento, respondió a las solicitudes de pronto despacho hechas por la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. en fechas 28 y 29 de agosto de 2014 (folios 3441 al 3442).
137. Que el 03 de octubre de 2014, mediante acta de notificación AN-0272-2014 (NI-8875-14), la COPROCOM comunicó acuerdo adoptado contenido en el **artículo 3 de la Sesión Ordinaria número 034-2014** de las 17:30 horas del 30 de setiembre de 2014, mediante el cual se indica que requieren un plazo adicional para emitir su criterio técnico sobre la consulta hecha mediante nota 6103-SUTEL-DGM-2014, esto en virtud de la complejidad del tema en consulta (folios 3443 al 3444).
138. Que el 10 de octubre de 2014, mediante **Opinión 017-2014** (NI-9166-14), la COPROCOM comunicó su criterio técnico de previo a resolver sobre el procedimiento administrativo tramitado contra el ICE en el expediente SUTEL OT-212-2011 (folios 3445 al 3466).
139. Que el 12 de diciembre de 2014, mediante el oficio **8873-SUTEL-DGM-2014** el Órgano Director del procedimiento, rindió su informe sobre el procedimiento ordinario administrativo seguido en contra del ICE.
140. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución,

CONSIDERANDO

1. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

El presente procedimiento busca determinar si la empresa ICE ha cometido una infracción en contra del ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, y específicamente busca verificar si a través de la comercialización de la promoción denunciada "*Navidad kólb*" del 01 de diciembre del 2011 al 08 de enero del 2012, "*Móntate en la Diversión*" del 29 de diciembre del 2011 al 08 de enero del 2012, "*Chip Bono Extremo y Chip SMS Extremo*" del 12 de enero del 2012 al 12 de febrero del 2012 y "*Chip Extremo y Kit Prepago con Chip Extremo*" del 01 de octubre del 2012 al 15 de noviembre del 2012, para el servicio de telefonía móvil prepago, el citado operador ha infringido lo dispuesto en el artículo 54 incisos i) y j) de dicha LGT, Ley 8642, los artículos 16 y 17 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, de conformidad lo establecido en el artículo 67 inciso a) sub inciso 13) e inciso b) sub inciso 11) de la Ley 8642.

A efecto de verificar lo anterior, se debe determinar lo siguiente: i) si el operador tiene poder sustancial en el mercado relevante, en los términos de lo que dispone el artículo 15 de la LPCDEC, Ley 7472; ii) si la práctica denunciada se realiza respecto de los bienes o servicios relacionados con el mercado o mercados relevantes analizados, iii) si el objeto o efecto de la conducta denunciada es o puede ser el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado de las telecomunicaciones, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de

entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas; iv) si la práctica tiene efectos anticompetitivos.

2. HECHOS PROBADOS

De la documentación que consta en el expediente ha quedado probado, a los efectos del presente procedimiento, lo siguientes hechos:

- 2.1. Que el ICE, cédula jurídica 4-000-042139, es una institución autónoma descentralizada del Estado Costarricense creada por Ley 449, el cual se encuentra facultado, conforme lo definido en el artículo 6 de la Ley 8660, para generar, instalar y operar redes, prestar, adquirir y comercializar productos y servicios de electricidad, telecomunicaciones e informaciones, así como otros productos y servicios de información y otros en convergencia, de manera directa o mediante acuerdos, convenios de cooperación, asociaciones, alianzas estratégicas o cualquier otra forma de asociación con otros entes nacionales o extranjeros, públicos o privados.
- 2.2. Que el ICE cuenta con un amplio portafolio de servicios de telecomunicaciones, entre los que se encuentra la prestación de servicios de telefonía móvil, tanto a nivel minorista, como mayorista.
- 2.3. Que el ICE presta sus servicios de telefonía móvil a nivel minorista y mayorista en todo el territorio nacional.
- 2.4. Que el servicio de telefonía móvil en Costa Rica es ofrecido por cinco operadores diferentes, tres operadores móviles de red, a saber: el ICE, CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. y TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A.; y dos operadores móviles virtuales, a saber: TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. y VIRTUALIS S.A.
- 2.5. Que el ICE presta sus servicios de terminación móvil a las empresas: CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A., TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., CALLMYWAY NY S.A., AMERICAN DATA NETWORKS S.A., AMNET CABLE COSTA RICA S.A., TELECABLE ECONÓMICO TVE S.A., INTERTEL WORLDWIDE S.A., R&H INTERNATIONAL TELECOM SERVICES S.A., E-DIAY S.A., INTERPHONE S.A., TELEVISORA DE COSTA RICA S.A.
- 2.6. Que el ICE llevó a cabo una promoción denominada “*Chip Extremo*” y “*Chip SMS Extremo*” en las siguientes fechas: del 01 de diciembre de 2011 al 29 de diciembre de 2012, del 29 de diciembre de 2011 al 31 de enero de 2012, del 01 de febrero de 2012 al 27 de febrero de 2012, del 28 de febrero al 16 de marzo de 2012, y del 01 de octubre de 2012 al 15 de noviembre de 2012 (folios 394 al 403).
- 2.7. Que las promociones “*Chip Extremo*” y “*Chip SMS Extremo*” le permitieron captar al ICE un total de [REDACTED] clientes del servicio de telefonía móvil pre-pago a lo largo de los meses de noviembre 2011, diciembre 2011, enero 2012, febrero 2012, octubre 2012 y noviembre 2012.
- 2.8. Que los mercados relevantes afectados por la conducta aquí investigada son los siguientes: i) terminación de llamadas nacionales en la red móvil del ICE (servicio de interconexión); ii) llamadas telefónicas con origen nacional móvil y destino nacional móvil (servicio minorista); iii) terminación de SMS (Short Message Service) nacionales en la red móvil del ICE (servicio de interconexión); y iv) SMS nacionales (servicio minorista).
- 2.9. Que el ICE posee poder sustancial en los mercados relevantes definidos de: terminación de llamadas nacionales en la red móvil del ICE (servicio de interconexión), llamadas telefónicas con origen nacional móvil y destino nacional móvil (servicio minorista), terminación de SMS

(Short Message Service) nacionales en la red móvil del ICE (servicio de interconexión) y SMS nacionales (servicio minorista).

- 2.10.** Que el mercado de telefonía móvil, dadas sus características particulares y regulatorias actuales, es un mercado que se encuentra sujeto a que se puedan desarrollar en él conductas de estrechamiento de márgenes.
- 2.11.** Que el desbalance de tráfico on-net y off-net entre las distintas redes de telefonía móvil del país es una característica importante que hacía al mercado de telefonía móvil particularmente susceptible al desarrollo de prácticas de estrechamiento de márgenes durante el período de la conducta investigada.
- 2.12.** Que la promoción “*Chip Extremo*” que en los meses de noviembre 2011, diciembre 2011, octubre 2012 y noviembre 2012 tenía una rentabilidad negativa desde la perspectiva de un “competidor al menos tan eficiente”, lo que implica que en dichos meses un competidor al menos tan eficiente como el ICE no podría haber replicado la promoción “*Chip Extremo*” sin haber incurrido en pérdidas.
- 2.13.** Que la promoción “*Chip SMS Extremo*” tenía una rentabilidad positiva desde la perspectiva de un “competidor al menos tan eficiente”.
- 2.14.** Que existen los elementos esenciales que la doctrina ha distinguido para que pueda llevarse a cabo una práctica de estrechamiento de márgenes, a saber:
- Los mercados de terminación de llamadas y mensajes cortos (SMS) en la red móvil del ICE son mercados esenciales para operar en el mercado de llamadas telefónicas y servicios de mensajería corta (SMS) con origen y destino nacional móvil.
 - Los mercados de terminación de llamadas y mensajes cortos (SMS) en la red móvil del ICE son servicios esenciales controlados por una empresa verticalmente integrada y, por tanto, presente en los dos mercados de manera que es al mismo tiempo proveedor y competidor del resto de las empresas activas en el mercado llamadas telefónicas y mensajes cortos (SMS) con origen y destino nacional móvil.
 - Que las conductas investigadas efectivamente producían un margen insuficiente durante los meses de noviembre 2011, diciembre 2011, octubre 2012 y noviembre 2012 en la prestación de servicios en el mercado minorista.
- 2.15.** Que la promoción “*Chip Extremo*” del ICE se concibió con el objeto de defenderse del ingreso de los nuevos entrantes y de mantener la posición que el ICE ostentaba en ese momento en el mercado.
- 2.16.** Que la promoción “*Chip Extremo*” del ICE tenía en sus primeros dos lanzamientos, “*Navidad Kölbi*” y “*Möntate en la Diversión*” precios esperados incluso por debajo del cargo de interconexión, mientras que en los últimos dos lanzamientos, “*Entrada a Clases Servicio kölbi Prepago*” y “*Chip Extremo y Kit prepago con Chip Extremo*” dichos precios esperados eran muy cercanos al cargo de interconexión. Lo que implicaba que en el caso de querer ser replicadas por otros operadores estos obtendrían bien un margen negativo o como máximo de cero.
- 2.17.** Que los efectos de la promoción se mantuvieron de manera prácticamente ininterrumpida en el mercado desde el mes de diciembre de 2011 hasta el mes de octubre de 2013, lo que es un período de veintitrés meses.

2.18. Que el ICE no tiene ninguna infracción ni sanción impuesta por esta Superintendencia.

3. HECHOS NO PROBADOS

De importancia para la efectiva resolución de este asunto, se tienen como hechos no probados los siguientes:

- 3.1.** Que el crecimiento de los nuevos operadores móviles del mercado pudiera haberse retrasado producto de la promoción aquí investigada.
- 3.2.** Que la promoción aquí investigada haya tenido eficiencias y/o efectos pro-competitivos.
- 3.3.** Que Telefónica tuvo un daño calculado por ella en \$6.5 millones, según el dicho de su testigo perito Arturo Briceño.

4. SOBRE EXCEPCIONES, CUESTIONES INCIDENTALES Y DE MERO TRÁMITE

A la fecha en que se emite la presente resolución, no existen asuntos pendientes de resolver bajo este apartado.

5. SOBRE LA PRUEBA

5.1. Sobre la prueba documental aportada

5.1.1. Prueba aportada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A.

- Escrito del 28 de noviembre del 2013 (NI-10169-13) de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. en el cual aporta las siguientes **veinticuatro pruebas**: (folios 1997 al 1999)
- Expediente OT-110-2010. TELEFÓNICA solicita su inclusión como prueba documental y su consideración por cuanto este expediente refleja todo el procedimiento llevado a cabo para determinar la OIR vigente. Esta OIR establece el cargo de interconexión por terminación en el precio de 17,95 colones por minuto para el caso de la terminación de llamadas; y 0,75 colones, para el caso de terminación de SMS.

TELEFÓNICA señala que en este expediente puede constatarse como la SUTEL fijó estos cargos tomando en consideración los costos reales del ICE, y como en reiteradas ocasiones la SUTEL solicitó al ICE aportar la información requerida y ajustarse a la metodología indicada por SUTEL.

En síntesis, el cargo de 17,95 colones, de conformidad con este expediente sí refleja los costos reales del ICE para la TERMINACIÓN de sus llamadas, y en ese cargo no está contemplado ningún tipo de costo para la originación de sus llamadas (en una llamada on-net existe originación y terminación).

Tomo I: 1-209, Tomo II: 300-649, Tomo III: 650-981, Tomo IV: 982-1229 (Prueba N° 1 folios 2000).

- Expediente OT-149-2011. TELEFÓNICA señala que bajo este expediente se sigue el procedimiento administrativo para fijar la nueva OIR del ICE. Unos de los temas relevantes del expediente es que la OIR propuesta por el ICE contempla un aumento de más de 4 colones del cargo de interconexión por terminación de llamadas. Esto refuerza la tesis de que los cargos de interconexión no reflejan los costos de terminación del ICE, y que por ende sus tantos el costo de terminación como el costo de las llamadas on-net puede ser superior a los costos utilizados para los cálculos.

Tomo I: 1-520, Tomo II: 521-726, Tomo III: 727-960, Tomo IV: 961-1197, Tomo V: 1198-1684 & Legajo confidencial (Prueba N° 2 folio 2001).

- Copia de extractos de publicaciones de prensa que reflejan las promociones lanzadas por el ICE desde junio de 2011 a noviembre de 2011. Por medio de la presente prueba TELEFÓNICA pretende demostrar que el ICE ha incurrido en este tipo de prácticas comerciales desde meses antes de la entrada al mercado de Claro y Movistar. Con esto pretende desvirtuarse el argumento esbozado por el ICE de que las promociones Chip Extremo obedecieron a una réplica a las promociones lanzadas por Movistar y Claro (Prueba N° 3 folios 2002 al 2018).
- Reglamento de requisitos y condiciones de las promociones “*Chip Navideño*” y “*Kit Prepago Navideño*” disponibles en la página web del ICE. (Prueba N° 4 folios 2019 al 2021).

TELEFÓNICA señala que esta prueba sirve para constatar que las condiciones de las promociones Chip Navideño y Kit Prepago Navideño, son iguales a las condiciones de la promoción Chip Extremo lanzada el 1 de octubre del 2012. Es decir, se trata de una extensión de aproximadamente 40 días, de la promoción Chip Extremo lanzada por el ICE en octubre de 2012, con la salvedad de que hay una modificación en el nombre de la promoción (folio 2019).

- Reglamentos de requisitos y condiciones de las promociones Día Kölbi lanzadas los siguientes días del años 2013: 22 de enero, 20 de marzo, 27 de abril, 2 de mayo, 15 de mayo, 30 de mayo, 31 de mayo, 1 de junio, 16 de junio, 2 de julio, 25 de julio, 1 de agosto, 2 de agosto, 3 de agosto, 15 de agosto, 15 de setiembre, 2 de noviembre, 17 de noviembre (Prueba N° 5 folios 2023 al 2079). TELEFÓNICA señala que esta prueba demuestra como las promociones de bonificaciones aplicadas a llamadas on-net, han sido una constante, y se han lanzado continua y reiteradamente desde el año 2011 hasta la fecha.
- Reglamentos de requisitos y condiciones de las promociones Chip Prepago 2000, “Ahora todos los clientes prepago tienen bonos mensuales, Súper Chip y Kit prepago, Con tu súper chip ahora todas tus recargas a partir de c1000 te regalan un bono del 50% para navegar, hablar y mensajear, Verano Kölbi” (Prueba N° 6 folios 2081 al 2098). Prueba brindada para demostrar que las promociones con bonificaciones exclusivas para llamadas on-net, a la fecha siguen vigentes en el mercado.
- Reglamentos de requisitos y condiciones de las promociones “*Semana Kölbi*”, lanzadas del 4 de febrero al 1 de marzo de 2013, y del 16 de setiembre al 11 de octubre de 2013 (Prueba N° 7 folios 2100 al 2106). Prueba aportada con el fin de demostrar que la promoción semana Kölbi, no ha sido una promoción aislada, sino que en los últimos dos años se ha estado lanzando continuamente (tal y como consta a folios 178, 179 y 180 del expediente), e incluso en el año 2013 el ICE continúa implementando este promoción.
- Presentación de distintos extractos de medios publicitarios que reflejan las promociones y condiciones lanzadas por el ICE (Noviembre 2011 a Diciembre del 2012). Con esta prueba TELEFÓNICA pretende demostrar el comportamiento en los medios publicitarios que ha tenido el ICE y las promociones que ha lanzado al mercado (Prueba N° 8 folios 2107 al 2306)
- Cuadro en el cual se reflejan las distintas promociones Chip Extremo y demás promociones con bonificaciones y efectos similares que ha lanzado el ICE desde el 2011 hasta la fecha. También se detallan sus condiciones. Por medio de esta prueba TELEFÓNICA pretende dejar totalmente claro que la promoción Chip Extremo no fue una promoción temporal y aislada, sino que se trata de una política o esquema de precios que ha tenido un carácter permanente y reiterado en el mercado. Asimismo, junto a la promoción Chip Extremo el ICE ha montado otra serie de promociones y sus bonificaciones hayan sido permanentes y hayan estado vigentes por los

primeros 2 años de la apertura y especialmente en los primeros meses de la misma (Prueba N° 9 folios 2307 al 2309).

- Oficio 6162-1165-2013 del 27 de agosto del 2013, suscrita por la señora Guiselle Mejía Chavarría de la Dirección Gestión Mayorista del ICE, dirigida a la señora Yanci Alvarado Esquivel de Telefónica, en la cual solicita la revisión de los precios de terminación para los servicios de SMS y MMS suscritos en el Contrato de Acceso e Interconexión. TELEFÓNICA señala que a prueba número 10 refleja la intención del ICE de aumentar los cargos de interconexión. La única justificación razonables del ICE para solicitar una aumento en estos cargos, de conformidad con la regulación, sería que los mismos no sean suficientes para cubrir sus costos. (Prueba N° 10, folios 2316 al 2317).
- Copia del escrito de demanda presentado 23 de noviembre del 2010 por el ICE ante el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, mediante la cual solicita la nulidad absoluta de la resolución RCS-496-2010. TELEFÓNICA indica que esta prueba permite constatar como el ICE se opuso a la OIR inicial, al punto de iniciar un proceso contencioso administrativo con el fin de declarar la nulidad de la resolución que fijó la OIR. El ICE sostiene que esa resolución se hizo sin seguir la metodología adecuada, lo cual da a entender que la misma no refleja sus costos reales, sino que el cargo fijado es inferior a sus costos (Prueba N° 11 folios 2318 al 2327).
- Informe y presentación elaborados por el Dr. Diego Petrecolla, titulado “*Análisis Económico: Denuncia por Prácticas Monopolísticas Relativas*” (53 folios). Currículum del Dr. Diego Petrecolla. El currículum del señor Petrecolla se aporta para hacer constar las calidades académicas y técnicas, así como la experiencia, que respalda el informe técnico rendido por el señor Petrecolla. El informe del Dr. Petrecolla concluye en cuanto a la configuración de la prácticas monopolística relativas de estrechamiento de márgenes y predación de precios. Asimismo, confirma la condición de operador dominante que ostenta el ICE en los mercados relevantes marco de las conductas investigadas. Particularmente importante son los análisis brindados por el Dr. Petrecolla sobre los efectos anticompetitivos que tienen las conductas denunciadas en el mercado, y el análisis económico llevado a cabo para determinar la configuración de las prácticas. Asimismo TELEFÓNICA señala que este informe se refiere a que las conductas denunciadas no son una promoción aislada, sino que se trata de políticas de precios (Prueba N° 12 folios 2328 al 2354 ver folios 1731 al 1757, Prueba N° 13 folio 2356 al 2408 y Prueba N° 14 folios 2410 al 2455).
- Informe y presentación elaborados por el Economista Arturo Briceño titulado “*Denuncia sobre precios predatorios de Telefónica Costa Rica contra el ICE*” (59 folios). El informe brindado por el Sr. Arturo Briceño trata la configuración de las prácticas monopolísticas relativas de estrechamiento de márgenes y precios predatorios. Los aspectos más importantes del mismo (y de la comparecencia ante el Órgano Director), son los cálculos realizados y la relación que tiene el costo de una llamada on-net, respecto al costo de la interconexión por terminación (si el costo de interconexión es X, la llamada on-net tiene un costo muy cercano 2x). Asimismo, es de suma importancia el análisis económico realizado sobre las prácticas investigadas. El currículum del Economista Arturo Briceño se aporta a efectos de demostrar que cuenta con los atestados técnicos y académicos suficientes que respaldan el contenido de su informe. Asimismo, resalta la amplia experiencia que tiene el Sr. Briceño en el sector de las telecomunicaciones (Prueba N° 16 folios 2467 al 2527, Prueba N° 15 folios 2457 al 2466 ver folios 1758 al 1760 y Prueba N° 17 folios 2528 al 2550).
- Informe y presentación elaborados por la MSc. Pamela Sittenfeld Hernández, titulado “*Denuncia por prácticas monopolísticas relativas de Telefónica de Costa Rica TC, S.A. contra el Instituto Costarricense de Electricidad*” (48 folios). El informe rendido por la MSc. Sittenfeld se refiere a la configuración de la práctica monopolística relativa de estrechamiento de márgenes y precios predatorios. De acuerdo con TELEFÓNICA afirma que el mismo también es categórico respecto

a que existen efectos sustantivos y poder sustancial en el mercado que son los elementos requeridos para sancionar esas prácticas. Indican que son particularmente relevantes para el presente caso sus apreciaciones respecto a que no se da ninguno de los supuestos excluyentes de la configuración de la práctica de predación de precios, y a que la intencionalidad no es un requisito establecido por el tipo del art. 54 LGT. El currículum de la MSc. Pamela Sittenfeld Hernández se aporta para demostrar la amplia experiencia y conocimiento que tienen de la regulación de competencia en Costa Rica y de su aplicación (Prueba N° 19 folios 2555 al 2603, Prueba N° 18 folios 2551 al 2554 y Prueba número 19 y Prueba N° 20 folios 2604 al 2659).

- Presentación utilizada para la exposición de los alegatos iniciales de Telefónica. Refleja los principales puntos abordados en la exposición inicial de los argumentos que sustentan la denuncia por prácticas monopolísticas relativas contra el ICE (Prueba N° 21 folios 2660 al 2707).
- **CONFIDENCIAL.** Carta firmada por el Sr. Mario Torres Rubio, mediante la cual se aporta información sobre el consumo de bonos promocionales, a efectos de reflejar el comportamiento de los usuarios en el mercado ante este tipo de ofertas. Esta prueba se aporta con el fin de brindar un parámetro objetivo respectivo al consumo que hacen los usuarios de los bonos promocionales que reciben. Es previsible y razonables sostener que el comportamiento del consumidor o usuario es muy similar, sin importar del operador al cual esté adherido. Lo anterior es todavía más cierto, si se toma en cuenta que la muestra utilizada para preparar esos gráficos es muy significativa pues contempla todos los usuarios de Telefónica en Costa Rica, y en Telefónica El Salvador, que participaron en las promociones correspondientes. Esta información es de carácter estrictamente confidencial, debido a que su divulgación podría causar serios perjuicios contra TELEFÓNICA (Prueba N° 22 folios 2708 en relación 2312 al 2315).
- Gráfico que refleja los efectos de las promociones Chip Extremo y Kölbi Chip Navideño en el tiempo. TELEFÓNICA aporta esta prueba con el fin de demostrar que las promociones denunciadas han tenido efectos permanentes en el mercado, por lo cual no puede sostenerse que las mismas hayan sido de carácter temporal, como una justificación que suponga que las conductas denunciadas no son prácticas monopolísticas relativas (Prueba N° 23, folios 2709 al 2710).
- Adicionalmente a la prueba aportada, TELEFÓNICA adjunta jurisprudencia internacional y artículos relevantes sobre el tema de estrechamiento de márgenes y condiciones predatorias (Prueba N° 24 folios 2711 al 2808) que a continuación se detalla:
 - Asunto C-52/09 Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB (folios 2712 al 2734),
 - *Predatory Pricing on Liberalized Telecommunications Markets*, Justus Haucap & Jörn Kruse (folios 2735 al 2751),
 - *El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones*. Comentario a la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784-Wanaddo España contra Telefónica. Fernando Díez Estella y Margarita Fernández Álvarez-Labrador (folios 2752 al 2770),
 - Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de octubre del 2010 Deutsche Telekom AG (folio 2772 al 2808).

5.1.2. Prueba aportada por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD

- Escrito sin número (NI-10004-13) del 25 de noviembre del 2013, mediante el cual el ICE ofrece las siguientes cuarenta y siete pruebas de descargo (folios 781 al 786):

A. Para explicar la temporalidad, metodología y lógica comercial sobre las que se desarrollaron las promociones realizadas por el ICE, objeto del presente procedimiento.

- Reglamento de promoción Navidad Kölbi (Prueba N° 1 folio 397).
- Reglamento de promoción Móntate en la Diversión (Prueba N° 2 folio 398).
- Reglamento de promoción Chip Extremo y Chip SMS Extremo (Prueba N° 3 folio 394).
- Reglamento de promoción Chip Extremo y Kit prepago con Chip Extremo (Prueba N° 4 folio 526).

B. Para demostrar el reconocimiento del derecho de los operadores dominantes a realizar promociones en la Jurisprudencia Internacional (folio 787), que admitida como referencias:

- Resolución de Comisión de Mercados de Telecomunicaciones de España, número **RE-201-4-14-11** del 14 de abril del 2011, en denuncia de France Telecom España S.A. contra Telefónica de España por prácticas restrictivas de la competencia en la política de promociones de Telefónica de España, S.A.U. (AEM 2009/23) (Prueba N° 6 folio 789 al 810).
- Resolución de Comisión de Mercados de Telecomunicaciones de España, número **RE-02-11-28-04** de 28 de noviembre de 2012, en denuncia de UNI2 Telecomunicaciones, S.A.U. contra Grupo Telefónica, por comisión de prácticas anticompetitivas en la comercialización de servicios ADSL minoristas (OM 2001/5678) que consta en la página web de la Comisión de Mercados de Telecomunicaciones de España www.cmt.es (Prueba N° 7 folios 811 al 827)
- Resolución de Comisión de Mercados de Telecomunicaciones de España, número **RE-04-05-27-00** de 27 de mayo de 2004 sobre la denuncia presentada por WANADOO ESPAÑA contra Grupo Telefónica por prácticas anticompetitivas, en ofertas de tarifa plana tarde y tarifa plana noche de acceso a internet mediante RTC y RDSI (AEM 2003/1062) que consta en la página web de la Comisión de Mercados de Telecomunicaciones de España www.cmt.es (Prueba N° 8 folio 828 al 872).
- Resolución de Comisión de Mercados de Telecomunicaciones de España, número **RE-03-12-18-04** del 18 de diciembre de 2003 en denuncia TISCALI España S.L.U., WANADOO ESPAÑA S.L. Asociación Española de Proveedores de Servicios de Internet (AEPSI) contra Telefónica de España S.A.U. por prácticas anticompetitivas (Exp. AEM 2003/1095) que consta en la página web de la Comisión de Mercados de Telecomunicaciones de España www.cmt.es (Prueba N° 9 folios 873 al 897).
- Resolución de la Comisión de Telecomunicaciones de España, número RE-04-11-11-01 del 11 de noviembre del 2004 en denuncia de WANADOO ESPAÑA S.L. contra Terra Networks España S.A.U. por prácticas anticompetitivas en la promoción de verano de los productos “ADSL PLUS” y “ADSL HOME” (Expediente AEM 2004/1024) que consta en la página web de la Comisión de Mercados de Telecomunicaciones de España www.cmt.es. (Prueba N° 10, folios 898 al 925).
- Resolución de la Comisión de Telecomunicaciones de España, número RE-06-02-23-24 de 23 febrero de 2006 en denuncia de Uni 2 Telecomunicaciones, S.A. y Cableuropa S.A.U (ONO) contra Telefónica de España (TESAU) por prácticas anticompetitivas en servicio “Línea Imagenio” denominada “Promoción Bienvenida” (AEM 2005/1058) que consta en la página web de la Comisión de Mercados de Telecomunicaciones de España www.cmt.es. (Prueba N° 11 folios 926 al 959).

C. Para demostrar que las conductas del ICE no constituyen una prestación de servicios a precios o en condiciones predatorias, por no ajustarse a los supuestos de hecho previstos en el inciso a)

del artículo 16 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones y el inciso i) del artículo 54 de la Ley General de Telecomunicaciones; que fue considerada como referencias (folio 960).

- Resolución Comisión de Telecomunicaciones de España, número **RE-03-07-10-01** del 10 de julio del 2003 en caso de denuncia de Retevisión I, S.A.U. por posibles prácticas anticompetitivas en contra de Telefónica de España S.A.U. y Telefónica Data España S.a. respecto al servicio Infovia Plus 2000 (Expediente MTZ 2001/5290) que consta en la página web de la Comisión de Mercados de Telecomunicaciones de España www.cmt.es. (Prueba N° 12 folios 961 al 1015).
- Acuerdo de la Comisión para Promoción de la Competencia (COPROCOM) de Sesión Ordinaria 02-2001 del 16 de enero del 2001, expediente C-019-2000 que se adjunta (Prueba N° 13 folios 1016 al 1020).
- **RCS-137-2010** de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, que definió la metodología para la fijación de cargos de acceso e interconexión (Prueba N° 14 folios 1021 al 1037).
- **RCS-324-2010** de las 14:50 horas del 25 de junio del 2010, que dictó medida provisional de acceso e interconexión a favor de Call My Way en contra del ICE (Prueba N° 15 folios 1038 al 1119).
- **RCS-404-2010** de las 10:30 horas del 25 de agosto del 2010, que revocó parcialmente la resolución RCS-324-2010 de las 14:50 horas del 25 de junio del 2010 (Prueba N° 16 folios 1120 al 1157).
- **RCS-072-2011** de las 14:40 horas del 6 de abril del 2011, que dio carácter definitivo a la orden provisional de acceso e interconexión dictada a favor de Call My Way y en contra del ICE (Prueba N° 17 folios 1158 al 1218).
- **RCS-111-2011** de 10:20 horas del 24 de mayo del 2011, mediante la cual al Sutel impone al ICE la obligación de reconocer un cargo de 3,63 colones por la originación de tráfico en la red de Call My Way (Prueba N° 18 folios 1219 al 1231).
- **RCS-325-2010** de 15:00 horas del 25 de junio del 2010, orden provisional de interconexión a favor de TICOM (Prueba N° 19 folios 1232 al 1314).
- **RCS-405-2010** de las 10:45 horas del 25 de agosto del 2010, que revocó parcialmente la resolución RCS-325-2010 de 15:00 horas del 25 de junio del 2010 (Prueba N° 20 folio 1315 al 1351).
- **RCS-311-2012** de 12:30 horas del 10 de octubre del 2012 orden de acceso e interconexión entre TICOM y el ICE (Prueba N° 21 folio 1352 al 1435).
- **RCS-409-2010** del 1° de setiembre del 2010, dictada en el proceso de homologación de contrato de acceso e interconexión entre INTERTEL y el ICE (Prueba N° 22 folio 1436 al 1445).
- **RCS-429-2010** del 8 de setiembre del 2010, orden de interconexión dictada a favor de R&H INTERNATIONAL TELECOM SERVICES S.A. (Prueba N° 23 folios 1446 al 1522)
- **RCS-496-2010** de las 14:30 horas del 12 de octubre del 2010, que aprobó con modificaciones la OIR del ICE (Prueba N° 24 folio 1523 al 1563).
- **RCS-529-2010** de las 12:30 horas del 8 de diciembre del 2010, que ratificó la aprobación de la OIR del ICE, ratificando las tarifas de interconexión vigentes (Prueba N° 25 folio 1564 al 1612).

- **RCS-091-2013** de 14:00 horas del 4 de marzo del 2013, que rechazó el ajuste de tarifas para el servicio de telefonía fija con fundamento, entre otros, en la antigüedad de la base de costos utilizada (Prueba N° 26 folios 1613 al 1659).
- **RCS-268-2013** de 15:00 horas del 18 de setiembre del 2013, que estableció el ajuste de tarifas para el servicio de telefonía fija (Prueba N° 27 folios 1660 al 1711).
- Nota del ICE número **264-100-2012** del 24-02-2012 que consta a folio 141 del expediente en la cual se explican las premisas y metodología utilizada para determinar los precios finales de las promociones, así como los precios efectivos de las primeras 3 promociones realizadas entre el mes de noviembre del 2011 y el mes de febrero del 2012 por el ICE (Prueba N° 28).
- Nota del ICE número **264-638-2012** del 11-12-2012 que consta a folio 541 del expediente en la que se describen los precios efectivos de la cuarta promoción realizada entre el 1 de octubre al 15 de noviembre del 2012 por el ICE (Prueba N°29).
- Criterio de COPROCOM del 17 de enero del 2012, que consta a folio 82, del expediente (Prueba N°30).
- Copia de la página 13 del documento “*Determinación de tarifas de Acceso e Interconexión*” que se adjuntó a la nota del ICE número **6000-1842-2011** cuyo original fue presentado a la SUTEL el 20 de setiembre del 2011 (Prueba N° 31 folios 1712 al 1714).

D. Para demostrar que las conductas del ICE no constituyen actos deliberados para obstaculizar la entrada o provocar la salida de operadores, el desplazamiento indebido de otros operadores, el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, o el impedimento sustancial de su acceso y en consecuencia, el incumplimiento del supuesto de hecho previsto en el inciso b) del artículo 16 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones y de la causal del inciso j) del artículo 54 de la Ley General de Telecomunicaciones (folios 1715).

- **RCS-001-2009** de 18 horas del 28 de enero del 2009, que prohibió al ICE cobrar tarifas diferentes o prestar nuevos servicios sin contar con tarifa autorizada (Prueba N° 32 folios 1716 al 1728).
- **RCS-615-2009** de 10:45 horas del 18 de diciembre del 2009, que declaró como tarifas tope para los usuarios finales, a aplicar todos los operadores y prestadores de servicios de telecomunicaciones, las tarifas fijadas por ARESEP para el ICE en diversas resoluciones anteriores (Prueba N° 33).
- Certificación notarial de Periódico La Nación de Costa Rica del 24 de octubre del 2011, “*Pre suscríbete al 800 456 7890 y habrá sin para todos los domingos de por vida*”. (NI-10058-13) del 26 de noviembre de 2013 (folios 1761 al 1762).
- **Voto 05-2013** de las 19:30 horas del 26 de febrero del 2013 de la COPROCOM (Prueba N° 34 folios 1763 al 1793).
- Copias certificadas de la publicidad de promociones realizadas por los operadores móviles en el mercado costarricense Telefónica, Claro, Tuyo Móvil y Full Móvil durante los años 2011 y 2012 (Prueba N° 35 folios 1794 al 1923).
- Copia certificada de las siguientes publicaciones (Prueba N° 35 folio 1795 al 1814):
 - Uno: Página 4 del periódico El Financiero de fecha 5-11 de noviembre del 2011 “*Batalla celular llega a la Web*” (folio 1796).

- Dos: Página 5 del periódico El Financiero de fecha 5-11 de noviembre del 2011 “*Sitios compiten con información y servicios*” (folio 1795).
- Tres: Impresión de página 9 del periódico La República de fecha 8 de noviembre del 2011, reseñada por GEDI Centro de Información Empresarial “*Movistar arranca con llamadas a ¢20 el minutos*” (folios 1797).
- Cuarto: Extracto del periódico La República de fecha 8 de noviembre del 2011, reseña por GEDI Centro de Información Empresarial (folio 1798).
- Cinco: Extracto del periódico La República de fecha 8 de noviembre del 2011, reseñada por GEDI Centro de Información Empresarial (folio 1799).
- Seis: Página 23 del periódico El Financiero de fecha 14-20 de noviembre del 2011 “*El banderazo de la apertura*” (folio 1800).
- Siete: Impresión de página 5-A del periódico La Nación de fecha 19 de noviembre del 2011, reseñada por GEDI Centro de Información Empresarial “*¿Cuánto quiere gastar en celular? Compare paquetes*” (folio 1801).
- Ocho: Extracto del periódico La Nación de fecha 19 de noviembre del 2011, reseñada por GEDI Centro de Información Empresarial (folio 1802).
- Nueve: Impresión de página web del periódico La Nación de fecha 4 de febrero del 2012, reseñado por GEDI Centro de Información Empresarial “*Gobierno revela dato Movistar, Claro y Tuyo con 400.000 abonados*” (folios 1803 y 1804).
- Diez: Página ocho del periódico La República de fecha 15 de febrero del 2012, reseñado por GEDI Centro de Información Empresarial “*Consolidación es la meta, tras el primer trimestre de operaciones. Catapulta celular, buscan Claro y Movistar. Completar sus redes permitiría ser más atractivos para nuevos clientes*” (folio 1805).
- Once: Extracto del periódico La República de fecha 15 de febrero del 2012, reseñado por GEDI Centro de Información Empresarial (folio 1806).
- Doce: Extracto del periódico La República de fecha 15 de febrero del 2012, reseñado por GEDI Centro de Información Empresarial (folio 1807).
- Trece: Página 8 del periódico La República de fecha 14 de marzo del 2012, reseñado por GEDI Centro de Información Empresarial “*Movistar y Full Móvil bajan tarifas*” (folio 1808).
- Catorce: Página 8 del periódico La República de fecha 19 de marzo del 2012, reseñado por GEDI Centro de Información Empresarial “*Además de servicio celular, competirán en telefonía web. Movistar y Claro quieren más*” (folio 1809).
- Quince: Página 11 del periódico La República de fecha 17 de abril del 2012, reseñado por GEDI Centro de Información Empresarial “*Telcos regalan chips o los llevan a la casa para aumentar clientes. Avalancha prepago. Unos 3 millones de los celulares en el país usan modalidad de pago adelantado*” (folio 1810).
- Dieciséis: Extracto del periódico La República de fecha 17 de abril del 2012, reseñado por GEDI Centro de Información Empresarial (folio 1811).

- Diecisiete: Extracto del periódico La República de fecha 17 de abril del 2012, reseñado por GEDI Centro de Información Empresarial (folio 1812)
- Dieciocho: Impresión de correo electrónico en el que se incorpora extracto del periódico El Financiero de fecha 4 de junio del 2012 “Claro y Movistar dominan el 20% del mercado celular de Costa Rica” (folio 1813).
- Copia certificada del “Reglamento de la Promoción Kit Pre-Pago, Requisitos y Condiciones” que gestiona la empresa Movistar de Costa Rica, a partir del 13 de abril del 2012, la impresión de dicho archivo digital se obtuvo de la dirección electrónica <http://movistar.cr/reglamento-130412/> (Prueba N° 35 folios 1815 al 1818).
- Copia certificada del “Reglamento de la Promoción Zona Movistar Pre-pago, Requisitos y Condiciones” que gestionó la empresa Movistar de Costa Rica desde el 21 de marzo hasta el 30 de abril del 2012, y/o agotar existencias, la impresión de dicho archivo digital se obtuvo de la dirección electrónica <http://movistar.cr/reglamento03212012/03212012-2/index.html> (Prueba N° 35 folio 1819 al 1822)
- Copia certificada del “Reglamento de la Promoción de Minutos Gratis, Requisitos y Condiciones” que gestionó dicha empresa Movistar de Costa Rica el 21 de junio del 2012, desde la ceros horas y hasta la veintitrés horas cincuenta y nueve minutos cincuenta y nueve segundos, la impresión de dicho archivo digital se obtuvo de la dirección electrónica <http://movistar.cr/reglamento-20120621/> (Prueba N° 35 folio 1823 al 1824)
- Copia certificada del “Reglamento de la Promoción San Valentín 2012, Requisitos y Condiciones” que gestione la empresa Movistar de Costa Rica desde el 23 de enero del 2012 hasta el 14 de julio del 2012, la impresión de dicho archivo digital se obtuvo de la dirección electrónica <http://movistar.cr/reglamento-numero-favorito/> (Prueba N° 35 folio 1825 al 1827)
- Periódico El Financiero N° 847 de fecha 5-11 de diciembre del 2011, página 4 y 5, “Batalla celular llega a la Web: Operadores informan su oferta comercial, atienden dudas, anuncia promociones y crean comunidad” y “Sitios compiten con información y servicios: Tienen suficiente para ayudar a usuarios elegir” (Prueba N° 35 folio 1828 al 1829)
- Copia certificada de las siguientes publicaciones de **Telefónica de Costa Rica TC, S.A.** (Prueba N° 35 folio 1829 al 1854):
 - Uno: periódico La Nación del jueves 10 de noviembre del 2011, página 45-A “Movistar Postpago. Elegí a alguien especial para hablar gratis” (folio 1829)
 - Dos: periódico La Nación del martes 15 de noviembre del 2011, página 15-A “Movistar Postpago Elegí a alguien especial para hablar gratis” (folio 1830).
 - Tres: Diario Extra del miércoles 23 de noviembre del 2011, página 28 “Movistar Recarga. Con tus recargas disfrutá de internet gratis” (folio 1831).
 - Cuatro: Diario Extra, Sección Segunda, del lunes 5 de diciembre del 2011, página 10 “Movistar Prepago. Navidad es época de dar por eso te damos más” (folio 1832).
 - Cinco: periódico La Nación, Sección Viva, del lunes 5 de diciembre del 2011, página 9 “Movistar Postpago. Hablá el doble durante el 2012 gratis” (folio 1833).
 - Seis: Diario Extra, del martes 6 de diciembre del 2011, página 5 “Movistar Prepago

Navidad es época de dar por esto te damos más” (folio 1834)

- Siete: Diario Extra, del miércoles 7 de diciembre del 2011 “*Larga Distancia. Ahora podés estar más cerca en las noches y fines de semana*” (folio 1835).
- Ocho: periódico La Nación, Sección Viva, del lunes 12 de diciembre de 2011, página 11 “*Movistar Postpago. Hablá el doble durante el 2012 gratis*” (folio 1836).
- Nueve: Diario Extra, Segunda Sección, del lunes 19 de diciembre del 2011, página 15 “*Movistar Prepago. Adquirí tu Kit Prepago y recibí gratis hasta ₡20.000 de recarga*” (folio 1837).
- Diez: periódico La Nación, Sección Viva, del lunes 19 de diciembre del 2011, página 23 “*Movistar Postpago. Hablá el doble durante el 2012 gratis*” (folio 1838).
- Once: periódico La Teja, del lunes 19 de diciembre del 2011, página 24 “*Movistar Prepago. Adquirí tu Kit Prepago y recibí gratis hasta ₡20.000 de recarga*” (folio 1839).
- Doce: periódico La Teja, del 22 de diciembre del 2011, página 18 “*Movistar Prepago. Se adelantó la Navidad*” (folio 1840).
- Trece: Diario Extra del miércoles 4 de enero del 2012, página 3 “*Movistar Prepago. Adquirí tu Kit Prepago y recibí gratis hasta ₡10.000 de recarga*” (folio 1841).
- Catorce: Diario Extra del miércoles 25 de enero del 2012 “*Movistar Prepago. Amo su voz*” (folio 1842).
- Quince: Suplemento publicitario especial GN Comercial Somos Celebres del jueves 9 de febrero del 2012, página 5 “*Movistar trae sorpresas para San Valentín*” (folio 1843)
- Dieciséis: periódico La Teja del lunes 16 de abril del 2012, página 3 “*Movistar Prepago. Llévate ya tu kit Prepago preferido y recibirás*” (folio 1844).
- Diecisiete: periódico La Teja del jueves 3 de mayo del 2012, página 3 “*Movistar Prepago. Llévate ya tu kit Prepago preferido y recibirás*” (folio 1845).
- Dieciocho: periódico Al Día del viernes 18 de mayo del 2012, página 28 “*Movistar Postpago. El plan perfecto para todos los fiebres que hablan de fútbol*” (folio 1846).
- Diecinueve: Diario Extra, Especial de la Madre Nicaragüense, del miércoles 30 de mayo del 2012, página 14 “*Larga Distancia Internacional. Esta noche felicitá a Mamá*” (folio 1847).
- Veinte: periódico La Nación, Sección Viva, del martes 19 de junio del 2012, página 9 “*Citi y Movistar lo invitan a compartir en el Caribe*” (folio 1848).
- Veintiuno: Diario Extra, Nacionales, del viernes 3 de agosto del 2012, página 19 “*Mamá merece un Kit Prepago para hablar y mensajear gratis con su Número Favorito de por vida*” (folio 1849).
- Veintidós: Diario Extra, Especial de las Madres, del jueves 9 de agosto del 2012, página 3 “*Prepago. Mamá merece hablar y mensajear gratis con su Número Favorito de por vida*” (folio 1850).

- Veintitrés: periódico La Nación, del jueves 8 de noviembre del 2012, página 13-A “*Hoy celebramos nuestro aniversario como vos querés*” (folio 1851).
- Veinticuatro: Diario Extra, del lunes 10 de diciembre del 2012, página 21 “*Prepago Navidad. Tu deseo se cumplió, habla y mensajea gratis a todas las operadoras*” (folio 1852)
- Veinticinco: Diario Extra, Sección Segunda del viernes 14 de diciembre del 2012, página 7 “*Movistar Prepago. Será imposible dejar de sonreír*” (folio 1853).
- Copia certificada “*Reglamento de la Promoción Verano Claro Prepago*”, que gestionó Claro CR Telecomunicaciones S.A. desde el 7 de marzo hasta el 30 de abril del 2012, la impresión de dicho archivo digital se obtuvo de la dirección electrónica http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:buS84vzGwkJ:www.claro.cr/wps/recursos/cr/pdf/REGLAMENTO_DE_LA_PROMOCION_VERANO_CLARO_KIT_PREPAGO_07-03-12.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=fierox-a (Prueba N° 35 folios 1855 al 1860)
- Copia certificada del “*Reglamento de la Promoción Chip Claro ilimitado*”, que gestiono Claro CR Telecomunicaciones S.A. desde el 13 de mayo hasta el 5 de julio del 2012, la impresión de dicho archivo digital se obtuvo de la dirección electrónica <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fBcUIPmPn9YJ:www.claro.cr/wps/wcm/connect/f0591f804b88b7a7a139bdce6c2481b2/REGLAMENTO2%252BDE%252BLA%252BPROMOCI%25C%2593N%252BCHIP%252BCLARO%252BILIMITADO.pdf%3FMOD%3DAJPERES+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefoex-a> (Prueba N° 35 folios 1861 al 1866).
- Copia certificada del “*Reglamento de la Promoción Llamá*” que gestionó Claro CR Telecomunicaciones S.A. desde 8 de marzo hasta el 30 de abril del 2012, la impresión de dicho archivo digital se obtuvo de la dirección electrónica http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fpATFSbpFBoJ:www.claro.cr/wps/recursos/cr/pdf/reglamento_llamada_ilimitada_dentro_red_claro_FINAL_02-03-2012.pdf+&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a (Prueba N° 35 folios 1867 al 1872)
- Copia certificada del “*Reglamento de la Promoción Kit Claro ilimitado Setiembre*” que gestionó Claro CR Telecomunicaciones S.A. desde el 1 hasta el 30 de setiembre del 2012, la impresión de dicho archivo digital se obtuvo de la dirección electrónica http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-URdYLKE3H0J:www.claro.cr/wps/recursos/cr/pdf/REGALMENTO_DE_LA_PROMOCION_KIT_CLARO_ILIMITADO_SEPTIEMBRE.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a (Prueba N° 35 folios 1873 al 1878).
- Copia certificada del “*Reglamento de la Promoción Kit Claro ilimitado*” que gestionó la empresa Claro CR Telecomunicaciones S.A. desde el 1 de junio hasta el 3 de agosto del 2012, la impresión de dicho archivo digital se obtuvo de la dirección electrónica http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:w7UIOOKeICgJ:www.claro.cr/wps/recursos/cr/pdf/REGALMENTO_DE_LA_PROMOCION_KIT_CLARO_ILIMITADO.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a (Prueba N° 35 folios 1879 al 1884)
- Copia certificada de las siguientes publicaciones de **Claro CR Telecomunicaciones, S.A.** (Prueba N° 35 folio 1885 al 1908):
 - Uno: Suplemento publicitario especial GN Comercial Somos Célebres del jueves 17 de noviembre del 2011, página 9 (folio 1886).

- Dos: Suplemento publicitario especial GN Comercial Somos Célebres del jueves 17 de noviembre del 2011, página 11 “*Claro se instala en el país con abanico de ofertas*” (folio 1885).
- Tres: periódico La Nación de lunes 21 de noviembre del 2011, página 11-A “*¡Ahora todos podemos!*” (folio 1887).
- Cuarto: periódico La Teja, del lunes 26 de noviembre del 2011, página 3 “*Comprá tu Kit Prepago y recibí*” (folio 1888).
- Cinco: periódico La Nación, del lunes 28 de noviembre del 2011, página 11-A “*Elegir. Ya podés*” (folio 1889).
- Seis: Diario Extra del lunes 5 de diciembre del 2011, página 3 “*Compra tu Kit Prepago y recibí*” (folio 1890).
- Siete: Suplemento publicitario especial GN Comercial Somos Célebres del jueves 8 de diciembre del 2011, página 12 “*Claro le trae novedosos planes prepago*” (folio 1891).
- Ocho: Diario Extra del lunes 12 de diciembre del 2011, página 3 “*Comprá tu Kit Prepago y recibí*” (folios 1892).
- Nueve: Diario Extra del jueves 22 de diciembre del 2011, página 17 “*¡Comprá tu Chip!*” (folios 1893).
- Diez: periódico La Teja del jueves 19 de enero del 2012, página 11 “*¡Comprá tu Chip!*” (folios 1894).
- Once: periódico La Teja del lunes 23 de enero del 2012, página 7 “*¡Gratis!*” (folios 1895).
- Doce: Diario Extra del viernes 27 de enero del 2012, página 7 “*¡Gratis!*” (folio 1896).
- Trece: periódico La Nación del viernes 27 de enero del 2012, página 13 “*¡Con estos precios Todos van a hablar!*” (folio 1897).
- Catorce: periódico La Teja del martes 14 de febrero del 2012, página 5 “*Smart fun de Claro*” (folio 1898)
- Quince: periódico La Nación, del lunes 9 de abril del 2012, página 31-A. “*Claro ilimitado ¡Habla y navegá sin límite*” (folio 1899)
- Dieciséis: periódico El Financiero número 866 del 30 de abril al 6 de mayo del 2012, página 15 “*Be Original Be Black Berry*” (folio 1900).
- Diecisiete: periódico La Nación del domingo 20 de mayo del 2012, página 7-A “*Más beneficios con tu Chip ilimitado*” (folio 1901).
- Dieciocho: periódico Al Día del martes cinco de junio del dos mil doce, página 3 “*Papás sin límites con Claro ilimitado*” (folios 1902).
- Diecinueve: periódico La Teja del lunes 17 de setiembre del 2012, página 5 “*Me liberé. Ahora hablo sin límites*” (folios 1903).
- Veinte: periódico La Nación del lunes 24 de setiembre del 2012, página 13-A “*Smart fun*”

- de Claro” (folios 1904).
- Veintiuno: periódico La Nación del miércoles 3 de octubre del 2012, página 5-A “Navegá sin límites” (folio 1905).
 - Veintidós: periódico La Nación del miércoles 29 de octubre del 2012, página 3 “Conversaciones sin límites” (folios 1906).
 - Veintitrés: periódico La Nación del miércoles 14 de noviembre del 2012, página 48-A “Estilo sin límites. Celebramos con vos el primero de muchos años juntos” (folio 1907)
- Copia certificada de las siguientes publicaciones de **Tuyo Móvil** (Televisora de Costa Rica S.A.) (Prueba N° 35 folio 1909 al 1914):
- Uno: Diario Extra del jueves 17 de noviembre del 2011, página 7 “¡Tuyo te da más!” (folio 1909).
 - Dos: periódico La Teja del martes 17 de abril del 2012, página 3 “Hoy 3x1” (folio 1910)
 - Tres: impresión de la reseña del Reporte de Prensa del Centro de Información Empresarial del Instituto Costarricense de Electricidad, que a su vez reproduce la publicación hecha en el periódico La Nación del 15 de junio del 2012, página 25 “Solo por Hoy 5x1 en Recarga” (folio 1911)
 - Cuarto: periódico La Teja del viernes 22 de junio del 2012, página 9 “Celebramos juntos nuestro 1er aniversario ¡Porque está Re-carga!” (folio 1912)
 - Cinco: periódico La Teja del martes 14 de agosto del 2012, página 13 “El amor de mamá siempre es tuyo” (folio 1913)
- Copia certificada de las siguientes publicaciones de **Full Móvil** (Virtualis S.A.) (Prueba N° 35 folio 1915 al 1923):
- Uno: Diario Extra del jueves 8 de diciembre del 2011, página 5 “Cámbiate El Chip. Don Omar Plan B” (folio 1915).
 - Dos: Impresión de la reseña del Reporte de Prensa del Centro de Información Empresarial del Instituto Costarricense de Electricidad, que a su vez reproduce la publicación hecha en el periódico La Teja del martes 27 de marzo del 2012, página 9 “Recargá a full en Semana Santa y gánate un Nokia” (folio 1916).
 - Tres: Periódico La Teja del lunes 30 de abril del 2012, página 3 “Full recarga 2. Hoy duplicá tu recarga” (folio 1917).
 - Cuarto: Suplemento Publicitario Especial del viernes 8 de junio del 2012, página 11 “Cámbiate El Chip. Este día del Padre descubrí full móvil” (folio 1918)
 - Cinco: Suplemento Publicitario Especial del viernes 8 de junio del 2012, página 10 “Viví a full. Dale a papá más que las gracias” (folio 1919).
 - Seis: Diario Extra del miércoles 13 de junio del 2012, página 7 “Este día del Padre descubrí full móvil” (folio 1920).
 - Siete: periódico Al Día del miércoles 20 de junio del 2012, página 3 “Full recarga 2. Hoy

duplicá tu recarga" (folio 1921).

- Ocho: suplemento publicitario especial GN Comercial Somos Célebres del jueves 9 de agosto del 2012, página 4 "*Regala a mamá todo en celulares*" (folio 1922).
- Copia certificada del Informe de Resultados Imagen y Marca Ola 3 de la empresas Ipsos Marketing para el ICE de octubre del 2012 (Prueba N° 36 folios 1924 al 1929).
- Copia certificada de Noticia del Seminario Universidad del 5 de diciembre del 2012 sobre encuesta realizada por el Centro de Investigación y Estudios Políticos de la Universidad de Costa Rica entre el 17 de octubre y el 17 de noviembre del 2012 (Prueba N° 37 folios 1930 al 1935).
- Documento "*Estadísticas del Sector Telecomunicaciones Informe 2010-2012 Costa Rica*" ISSN: 2215-3683 de la SUTEL el cual solicitamos sea incorporado como prueba en el presente procedimiento (Prueba N° 38 folios 1936 al 1948).
- Nota 3911-SUTEL-DGM-2013 del 8 de agosto del 2013, suscrita por Cinthya Arias Leitón, Jefe de la Dirección General de Mercados de la SUTEL y que consta a folio 693 del expediente (Prueba N° 39).
- Copia certificada de Noticia del periódico La Prensa Libre del 29 de agosto del 2013 "*Alta penetración celular detendría alzas tarifarias*" (Prueba N° 40 folios 1949 al 1951).
- Copia certificada de Noticia del periódico on-line El Financiero del 4 de setiembre del 2013 "*Claro y Movistar tienen el 16% del mercado celular*" que está disponibles en la dirección http://www.elfinancierocr.com/tecnología/Claro-Movistar-mercado-celular_0_367163285.html. (Prueba N° 41 folio 1952 al 1955).
- Copia certificada de Noticia del periódico La Nación del 4 de setiembre del 2013 "*ICE perdió 11% del mercado móvil en un año*" (Prueba N° 42 folios 1956 al 1959).
- Copia certificada de Noticia del periódico on-line El Financiero del 11 de noviembre del 2012 "*93% tiene celular*" que está disponible en la dirección http://www.elfinancierocr.com/tecnología/93-celular_0_187781261.html. (Prueba N° 43 folios 1960 al 1962).
- Copia certificada de parte del documento Proyecciones para el Mercado de Telefonía Móvil en Costa Rica 2009-2014, disponible en el sitio web de la Rectoría de Telecomunicaciones <http://www.telecom.go.cr/index.php/publicaciones/informes-tecnicos/telecom/informes-tecnicos/06-presentacion-con-proyecciones-del-mercado-de-telefonía-movil-2009-2014/detail> (Prueba N° 44 folios 1964 al 1969).
- Resultados de la Encuesta Telefónica: "*Tendencia del Mercado de las Telecomunicaciones en Costa Rica*" (Prueba N° 45 folios 1972 al 1991).
- Calculo de precio efectivo de promociones Movistar y Claro aplicando metodología de cálculo usada por Telefónica en su denuncia (Prueba N° 46 folios 1970, 1971, 1992 al 1994).
- Nota número 264-625-2013 del 27 de noviembre del 2013 (NI-10170-13), en el cual los apoderados del ICE aportan los siguientes documentos: (folios 2811 al 2985)
 - Copia impresa de la presentación en Power Point que consta de 155 filminas, realizada por representantes y los testigos-funcionarios del ICE durante la Audiencia que se llevó a cabo los días 25, 26, 27 y 29 de noviembre del presente año (folios 2830 al 2978).

- Solicitamos el tratamiento confidencial de las filminas 67 [2979 o 2895], 78 [siguiente a 2906 o 2980], 79 [2981], 81 [siguiente a 2907 o 2982], 82 [2983], 83 [2984] y 84 [2985], las cuales, con base en lo acordado en la sesión de la Audiencia realizada el día de hoy 27 de noviembre, por contener información confidencial de carácter estratégico, del ICE (folios 2979 al 2985)
- Documento denominado “*Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico*” elaborado por Susana Grau Arnau y Anna Merino Castello, del 29 de junio del 2005 (folios 2812 al 2829).

5.2. Sobre la prueba testimonial y pericial aportada

5.2.1. Prueba aportada por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A.

- Que TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. ofreció como prueba los siguientes testigos peritos:
 - Diego Petrecolla, número de documento de identificación de Argentina 18-781-968, economista, cuya declaración consta en los folios 3151, su Currículum es la Prueba N° 12 visible a folios 2328 al 2354 y los folios 1731 al 1757, su informe titulado “*Análisis Económico: Denuncia por prácticas Monopolísticas Relativas*” del 10 de noviembre del 2013 es la Prueba N° 13 visible a folios 2356 al 2408 y su presentación es la Prueba N° 14 visible a folios 2410 al 2455).
 - Eduardo Arturo Briceño Lira, número de pasaporte de Estado Unidos de América, número 47300261, economista, cuya declaración consta en los folios 3183, su Currículum es la Prueba N° 15 visible a folios 2457 al 2466 y los folios 1758 al 1760, su informe titulado “*Denuncia sobre Precios Predatorios de Telefónica Costa Rica contra el ICE. Informe para Telefónica Móviles de Costa Rica*” del 02 de abril del 2013, y su presentación es la Prueba N° 16 folios 2467 al 2527, Prueba N° 17 folios 2528 al 2550).
 - Pamela María Sittenfeld Hernández, portadora de la cédula de identidad número 1-799-083, abogada, cuya declaración consta en los folios 3197, su Currículum es la Prueba N° 18 folios 2551 al 2554, su informe titulado “*Análisis Legal: Derecho de la Competencia. Denuncia por Prácticas Monopolísticas Relativas de Telefónica de Costa Rica TC, S.A. contra el Instituto Costarricense de Electricidad*” del 20 de noviembre del 2013, y su presentación es la Prueba N° 19 folios 2555 al 2603, Prueba N° 20 folios 2604 al 2659)

5.2.2. Prueba aportada por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD

- Que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD ofreció como prueba los siguientes testigos funcionarios:
 - Isaac Alonso Vargas Naranjo, cédula de identidad número 1-1179-0831, estadístico de profesión, mercadólogo de ocupación, funcionario del ICE quien se referirá a la evolución del mercado móvil en Costa Rica, impacto positivo de las promociones, arraigo de la marca kölbi (Prueba N° 47 y su presentación consta en los folios 2830 al 2978, específicamente de los 2963 al 2978).
 - Cynthia María Chaves Víquez, cédula de identidad número 4-0185-0352, ingeniera industrial y funcionaria del ICE (Prueba N° 5 y su presentación consta en los folios 2830 al 2978, específicamente del 2900 al 2907 y del 2979 al 2985).

El órgano director del procedimiento admitió como testigos peritos a Diego Petrecolla, Eduardo Briceño y Pamela Sittenfeld (folios 3151, 3183 y 3197) y como testigos a Isaac Vargas y Cynthia Chaves (folio 3214 y 3249) y toda la prueba documental aportada por las partes excepto la

jurisprudencia (folios 3265 y 3268).

6. SOBRE LOS PRINCIPALES ALEGATOS DE LAS PARTES

6.1. Principales alegatos de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A.

6.1.1. El ordenamiento jurídico costarricense garantiza como principio constitucional la libre competencia y la apertura de las telecomunicaciones.

La empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. indica que el ordenamiento jurídico costarricense establece como principio de rango constitucional la libre competencia. Tal que de la lectura del artículo 46 constitucional se desprende un interés en proteger la libre competencia, lo que se evidencia al disponer la prohibición de "*monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley*" que amenace o restrinja la libertad empresarial. A su criterio la Constitución garantiza el derecho subjetivo de los administrados a competir, con el correlativo deber del Estado de impedir todas aquellas acciones que puedan perjudicarla competencia así como la obligación de no dictar actos que distorsionen la transparencia del mercado en perjuicio de los competidores. Todo ello, con el fin de garantizar el adecuado funcionamiento del sistema económico.

Continúa indicando que esta protección constitucional establece una obligación reforzada de las autoridades de competencia de adoptar, de oficio o a instancia de parte, todas aquellas medidas y sanciones que sean necesarias para favorecer la libertad, por cuanto, la configuración de una práctica monopolística constituye una amenaza directa a nuestro sistema económico y a la libertad de empresa. De tal forma que, que el constituyente reconoció que la protección de la libre competencia es de interés público, siendo que el Estado está obligado a impedir toda "*práctica o tendencia monopolizadora*". Esto a su criterio tiene una relevancia clave para el caso, por cuanto en el fondo, en el presente caso lo que está demandando su representada es que la SUTEL, dentro de sus funciones como Autoridad de Competencia y bajo los principios y normas del derecho de la competencia, ejerza su obligación de tutelar la libertad de empresa y el principio constitucional de libre competencia e interprete el caso denunciado y las normas jurídicas que los regulan de conformidad con estos principios constitucionales.

En este sentido, para el denunciante la conducta denunciada constituye una práctica o tendencia monopolizadora que afectó la libre competencia de un mercado que recién se abría, generando barreras de entrada infranqueables y con evidentes efectos perjudiciales en los nuevos competidores que el ordenamiento jurídico no permite y por tanto deben ser sancionadas y corregidas para que no se sigan produciendo en el futuro.

6.1.2. Telefónica como concesionaria del espectro para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles tiene derecho a competir en condiciones de legalidad.

TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. indica que desde que resultó adjudicada como concesionaria del espectro radioeléctrico para la operación y prestación de servicios de telecomunicaciones móviles, dicha empresa firmó un contrato de concesión por 95 millones de dólares y un periodo de 15 años, siendo que desde entonces se ha realizado una inversión que ronda 45 millones de dólares en Costa Rica, incluyendo el despliegue de importante infraestructura y tecnología de telecomunicaciones, y generando una gran cantidad de empleos directos e indirectos.

A partir de ello, TELEFÓNICA señala que tiene el derecho a operar en un mercado donde se garantice los principios de libre competencia, de no discriminación, objetividad y transparencia. Asimismo, indican que esto obliga a la SUTEL, como autoridad de competencia, a adoptar todas las medidas necesarias para el correcto funcionamiento de un mercado en apertura, suprimiendo y sancionando los actos que constituyan, como este, prácticas monopolísticas.

Por estos motivos, señala TELEFÓNICA que el caso concreto que aquí se discute reviste una importancia significativa, por cuanto precisamente está en juego la aplicación de las reglas de competencia definidas previamente y que motivaron la participación e inversión de nuestra representada, que permitan un mercado de telecomunicaciones estructurado sobre prácticas legítimas que favorezcan una sana competencia y la eficiencia económica del mercado. Las consecuencias de no suprimir y sancionar las prácticas anticompetitivas serían nefastas para el desarrollo del mercado de telecomunicaciones del país. De ahí la necesidad y la importancia de contar con un primer precedente contundente de la autoridad de competencia en materia de telecomunicaciones que evite comportamientos a futuros del operador dominante en los que, valiéndose de su posición de dominio, perjudique al mercado.

De forma general, es criterio de TELEFÓNICA que el ICE desde la apertura ha aprovechado su condición de incumbente con poder sustancial para desplegar una serie de comportamientos anti-competitivos que no se limitan únicamente a esquemas de precios ilegales denunciados y objeto de este procedimiento (depredación, estrechamiento y discriminación), sino que también incluyen actos tales como las limitaciones al servicio del desvío de llamadas, las dilaciones en el proceso de OIR y de negociación de acuerdos de interconexión, las dilaciones ocasionadas al proceso de portabilidad numérica, dificultades para acceder a postería y uso exclusivo de la misma para publicidad del ICE, deficiencias de interconexión, entre otras.

Finalmente, indica el denunciante que en este procedimiento el ICE ha defendido su derecho de competir y para ello ha aducido que como tal, e independientemente de su poder sustancial, ellos pueden hacer las promociones como mecanismo para proteger a sus clientes y para ganar nuevos clientes. De nuestra parte nunca se ha cuestionado esto, lo que se cuestiona en la denuncia y se ha demostrado en este procedimiento, es que el ICE no puede, por ser un tema de legalidad y de obligatorio acatamiento, hacer promociones que constituyan un esquema de precios predatorios y de condiciones predatorias, a través del estrechamiento de márgenes y de la discriminación que ocasionan los precios on-net en el segmento de mercado de mayor crecimiento como lo es el de prepago. En otras palabras, continúa indicando la denunciante que el ICE puede y debe competir, pero debe hacerlo en los términos permitidos por el régimen de competencia en telecomunicaciones consagrado en la LGT y el Reglamento al Régimen de Competencia en Telecomunicaciones y demás normativa conexas.

6.1.3.El ICE como agente incumbente tiene poder sustancial en el mercado de telecomunicaciones y ha desplegado una serie de comportamientos anticompetitivos frente a la apertura del mercado de las telecomunicaciones.

El grupo económico conformado por el Instituto Costarricense de Electricidad y sus empresas conexas (Grupo ICE) fue designado por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) como operador y proveedor importante en cada uno de los 18 mercados relevantes inherentes a telecomunicaciones, de acuerdo a la resolución RCS-307-2009 de Declaratoria de Mercados Relevantes del 24 de setiembre del 2009.

TELEFÓNICA indica que de acuerdo a sus estimaciones las cuales –a su criterio- resultan congruentes con la información aportada por la Dirección General de Mercados de la SUTEL (DGM) que obra a folio 733, el ICE abarcaba a la fecha de la denuncia entre un 90% y un 94% del mercado de telefonía móvil en términos de las líneas activas existentes, calculadas en alrededor de 3.7 millones de líneas. Sin embargo, afirman que al momento de la realización de las prácticas podría estimarse que la participación del ICE en el mercado relevante rondaba el 97%.

Al respecto TELEFÓNICA indica que ante la eminente entrada de nuevos competidores al mercado móvil, el ICE ha incrementado sistemáticamente sus promociones y ofertas comerciales. Así, desde el 8 de noviembre del 2011 (fecha del lanzamiento comercial de nuestra marca MOVISTAR), se

contabilizan al menos 39 promociones de doble y triple saldo más los Planes CHIP Extremo que son objeto del presente procedimiento por ser calificadas como anticompetitivas por la LGT en el caso de empresas que, como el ICE, ostentan poder sustancial en el mercado relevante.

En ese sentido la denunciante indica que la definición del poder sustancial del ICE en el mercado relevante permite acreditar que se cumple el primer requisito para sancionar a dicha entidad por la comisión de prácticas monopolísticas relativas, según lo dispuesto en los artículos 54 de la LGT, 20 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, en conexión con los artículos 13, 14, 15 de la LPCDEC.

Asimismo, TELEFÓNICA manifiesta que ha aportado al procedimiento administrativo como prueba las conclusiones de tres expertos en materia de telecomunicaciones, economía y competencia (Arturo Briceño y Diego Petrecolla), y en materia de regulación de competencia (Pamela Sittenfeld), que coinciden en la existencia de dicho poder sustancial, y el ICE, en el transcurso de la comparecencia manifestó que su poder sustancial en el mercado relevante para este caso es un hecho incontrovertible.

Concluye TELEFÓNICA que, de lo anterior el ICE es un agente económico con poder sustancial en el mercado relevante de telefonía móvil, particularmente en el mercado de servicios de comunicaciones de voz con origen en una ubicación móvil y destino nacional, y en el de servicios de comunicaciones de mensajería corta en el territorio nacional, al que como tal le aplican las normas relacionadas con las prácticas monopolísticas relativas denunciadas.

6.1.4. Los planes Kölbi Chip Extremo tipifican como prácticas monopolísticas de precios predatorios y de condiciones predatorias por estar por debajo de los costos incrementales de largo plazo.

Indica TELEFÓNICA que los planes prepago Kölbi Chip Extremo y SMS Extremo promovidos por el Instituto Costarricense de Electricidad tipifican como prácticas monopolísticas relativas de precios o condiciones predatorias, dado que se comercializan planes por debajo de los Costos Incrementales de Largo Plazo. Añade que la práctica de precios predatorios suele definirse como la actividad de recortar precios que realiza una determinada empresa, por debajo de sus costos (en el caso del mercado de telecomunicaciones, por debajo de sus CIPLP), con la finalidad de ganar ventajas sustanciales en el mercado, impidiendo que puedan ingresar al mercado o competir en condiciones equitativas otros agentes económicos. TELEFÓNICA indica que el rasgo definidor del precio predatorio, precisamente es la intención de impedir que una empresa rival pueda competir o ganar participación en el mercado.

Asimismo, agrega que los mercados de telecomunicaciones se caracterizan por una serie de particularidades que los hacen susceptibles de la fijación de este tipo de precios predatorios tales como:

- El operador Incumbente usualmente goza de poder sustancial en el mercado (como de hecho es el caso que nos ocupa) y cuenta con una base instalada de clientes lo que obliga a los nuevos entrantes a convencer a los consumidores a cambiar de proveedor mediante ofertas competitivas de servicios y precios.
- Los servicios de telecomunicaciones requieren del uso de una red de infraestructura que implican altos costos fijos, mientras que los costos variables suelen ser bajos.
- Los cargos de acceso e interconexión que, entre muchas otras relaciones, permite al Incumbente cobrar a los nuevos operadores para poder cursar tráfico a través de su red. En la práctica internacional, estos precios usualmente se fijan con base a los costos incrementales a largo plazo (CILP también llamados por su siglas en inglés LRIC), práctica que ha sido retomada en el marco regulatorio costarricense para fijar los costos de interconexión y que constituyen una referencia objetiva de los costos del ICE, pues fueron

comprobados y establecidos por la SUTEL con base en la misma información que el ICE le suministró.

A partir de ello, a criterio de la denunciante una consideración esencial en este caso, es que la práctica de los precios predatorios también se materializa a través del estrechamiento de márgenes a sus competidores y a través del establecimiento de la política comercial discriminatoria por medio de precios on-net en el segmento del mercado de los pre-pagos, es la relación indisoluble que existe entre los conceptos de cargo de interconexión, los costos incrementales a largo plazo del ICE por hacer una llamada on-net, y precios predatorios. De hecho, en el derecho comparado—señala— se ha abordado profusamente la práctica de precios predatorios en los mercados de telecomunicaciones, particularmente cuando está de por medio la utilización de la red de infraestructura del Incumbente y el cobro de un cargo por acceso e interconexión con énfasis en el cargo de terminación en su red, en el momento en que se abre a competencia el mercado.

Ahora bien, -continúa indicando- el ordenamiento jurídico costarricense no es extraño a esta tendencia internacional y por eso el propio artículo 16 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones califica como indicio de precios predatorios "*Si el operador o proveedor vende un servicio de telecomunicaciones a un precio inferior a los Costos Incrementales Promedio de Largo Plazo (CIPLP)*". Aunado a lo anterior, la resolución de SUTEL número RCS-137-2010, determinó que la metodología para el establecimiento de los precios de interconexión es el método de Costos Incrementales de Largo Plazo (CILP) utilizando el modelo bottom-up scorched node, aplicando costos prospectivos.

En el caso y a criterio de la denunciante, este indicio se configura en una verdadera práctica anticompetitiva cuando los operadores entrantes se enfrentan a un precio de interconexión que deben cancelar al operador dominante que al mismo tiempo de cobrar el precio de interconexión vende sus servicios en el mercado minorista debajo de sus CILP, de forma que el operador dominante les estrecha los márgenes a sus competidores. A su decir, esto provoca que los competidores del operador incumbente, para no ser expulsados del mercado, deban ofrecer precios que provocan márgenes negativos.

Agrega que esto fue comprobado por el mismo ICE en el transcurso de la comparecencia cuando determinó que los operadores Claro y Telefónica durante el mismo periodo de las "*promociones*" del ICE, habían ofrecido precios por debajo de los costos de Interconexión, con lo cual se demuestra precisamente lo acotado por los expertos en sus exposiciones e informes durante el curso de la comparecencia, en el sentido de que los precios establecidos por el ICE no son replicables desde el punto de vista del derecho de la competencia por los operadores entrantes sin que estos incurran en pérdidas al tener que pagarle al ICE los costos de interconexión.

TELEFÓNICA indica que esto demuestra la práctica monopolística relativa cometida por el ICE y efectos anticompetitivos de la misma.

Continúa indicando la denunciante que de acuerdo a sus conclusiones ha sido demostrado que las conductas denunciadas constituyen precios predatorios, indicamos que incluso, el propio ICE ante consulta de la Dirección General de Mercados, mediante oficio número 264-475-2011 del 28 de octubre de 2011, en el marco del proceso de revisión del Modelo de Costos Regulatorios manifestó que los costos de sus llamadas on-net eran de 36.91 colones por minuto, mientras que el SMS nacional era de 2.21 colones/mensaje (folio 484 del expediente administrativo).

Continúa manifestando TELEFÓNICA que el ICE en su momento presentó una demanda judicial en la que reclamaba que no se podían fijar precios de interconexión inferiores a la propuesta del ICE de OIR por cuanto ello "*conllevaba un golpe a la sostenibilidad financiera del ICE*" y además obligaba al ICE a "*subsidiar a los operadores privados prestando servicios por debajo de su costo*". Con esto, el propio ICE está demostrando que los precios de sus promociones intimidadas en este procedimiento

son predatorios.

Agrega la denunciante, que la indicación del ICE durante la comparecencia de que los costos de interconexión, si se consideran tanto el costo de la llamada saliente como el de la entrante, son mayores que el precio tope de una llamada de telefonía móvil en el mercado minorista y que por tanto todos los operadores venden por debajo del costo, es una conclusión muy importante pero que solo aplica en contra para el ICE. Por ello –según la denunciante- debe quedar claro que la OIR y los costos de interconexión toman únicamente como base los Costos Incrementales de Largo Plazo del ICE y no los de los otros operadores. Con ello–TELEFÓNICA manifiesta- el ICE reconoce implícitamente que los precios de sus promociones son evidentemente predatorios y una condición predatoria para sus competidores, quienes verán estrechado sus márgenes para poder replicar las promociones denunciadas del ICE y de esa forma evitar que dicha práctica anticompetitiva los saque del mercado.

Sobre el alegato de si estos son los verdaderos costos incrementales de largo plazo del ICE, TELEFÓNICA señala que no se encuentra base más objetiva para determinarlos que la OIR, pues dichos costos fueron revisados y avalados por la SUTEL al momento de establecer la OIR, bajo la metodología que la ley y los reglamentos definen y que tienen como condición sine qua non verificar los costos del ICE. Pero aún más –continúa manifestando-, es el mismo ICE, quien ha dicho que esos costos no son suficientes, y aunque no avalamos esa manifestación porque si así fuera eso únicamente obedece a la ineficiencia del mismo ICE, sí descubre y sí demuestra el efecto de impedir la sana y libre competencia a través de los precios predatorios y del estrechamiento de márgenes de las promociones denunciadas, porque nuestra representada, al igual que el resto de los operadores, no tienen más opción que pagarle al ICE esos altos precios de interconexión y vender con un margen muy reducido y en ocasiones hasta negativo en el mercado minorista si quieren competir en el mercado de telecomunicaciones costarricense y defender las millonarias inversiones que ya han hecho en la concesión y en la infraestructura de telecomunicaciones en cumplimiento de sus obligaciones contractuales con el Estado costarricense.

Señala TELEFÓNICA que a la hora de realizar el cálculo económico para analizar si existen precios predatorios los informes de los Expertos aportados como prueba confirman –en su criterio- el indicio que había tomado la SUTEL de precios por debajo de los costos en su auto de apertura del procedimiento y en su correspondiente ampliación de cargos, tal y como se explica a continuación –a criterio de la denunciante:

- a) La SUTEL señala que el costo incremental de largo plazo del ICE es de 36,91 colones por minuto de llamada telefónica on-net y de 2,21 colones por mensaje. (Folio 545 del expediente).
- b) Los Planes Chip Extremo y SMS extremo se comercializan significativamente por debajo de estos costos incrementales de largo plazo del ICE. Según la estimación de SUTEL con base en consumo el precio promedio es de 23,68 colones en voz y de 1,29 colones por mensaje. Aunque no avalamos este monto porque no hemos tenido acceso a la información del ICE ni al análisis que le permite esa conclusión, aún con ese precio promedio, que a nuestro juicio es mucho menor según el comportamiento de la industria, lo cierto es que el ICE al concluirlo en su informe a la SUTEL y la SUTEL al tomarlo como base de su análisis, confirma que dichos precios están muy por debajo del costo incremental de largo plazo del ICE y que por tanto son predatorios y estrechan de forma anticompetitiva el margen de sus competidores que no pueden obviar pagar la tarifa de interconexión calculada con base en esos mismos costos incrementales de largo plazo del ICE.
- c) Con respecto a si lo expresado por el ICE es el consumo promedio, el Experto en Telecomunicaciones y Competencia Arturo Briceño concluye en su informe que tomando en cuenta un promedio de 146 minutos por mes por usuario, se podría arribar a un precio

efectivamente pagado de 10,29 colones por llamada por minuto. Bajo esta misma línea de lo que ha quedado demostrado en este procedimiento, tenemos que la segunda versión del Chip Extremo de octubre y noviembre de 2012, según el consumo promedio señalado por el ICE, tiene con base en el consumo un precio promedio de 20,29 colones por minuto en octubre de 2012 y 23,04 colones por minuto en noviembre de 2012, mientras que los SMS estaba en 1,02 colones por mensaje en octubre y 1,53 colones en noviembre. Con lo dicho por el ICE se demuestra que el resultado de esta otra promoción es todavía más predatorio por cuanto el precio promedio fue todavía más bajo que en la primera promoción Chip Extremo.

- d) Aún más, los precios nominales y que se ofrecen a los usuarios del Plan Chip Extremo no pueden ser replicados por Telefónica sin incurrir en pérdidas por cuanto ello implicaría un precio de 6,8 colones por minuto por llamada y 0,34 por mensaje, siendo que el costo que deben pagar al operador incumbente por interconexión en la inmensa mayoría de sus llamadas es de 17,95 colones por minuto y 2,21 colones por SMS.

Finalmente –continúa manifestando TELEFÓNICA- durante el curso del procedimiento se ha discutido el nivel de consumo de la promoción concluyendo los economistas que este debe ser extremadamente bajo para que pudiera existir un margen positivo si se considerarán los CILP de la OIR (no los costos incrementales de largo plazo que el ICE aduce que son más altos cuando impugnó la OIR en la vía judicial y cuando posteriormente solicitó un aumento de la OIR). Aún en ese hipotético–en decir de la denunciante- caso de un consumo efectivo bajísimo por parte de los usuarios del ICE, persistiría la condición predatoria de la conducta del ICE tipificada por el artículo 54 inciso i) y por el artículo 16 del Reglamento al Régimen de Competencia de Telecomunicaciones, manifestada también a través del estrechamiento de márgenes a sus competidores, y la discriminación que significa que sus precios solo apliquen para llamadas on-net.

TELEFÓNICA agrega que la testigo perito Pamela Sittenfeld al afirmar que independientemente del consumo promedio efectivo que en el tiempo llegue a tener la "promoción", concluye que la práctica monopolística relativa de precios predatorios se produjo con solo ofrecer precios por debajo de los CILP del ICE.

De tal forma que concluye la denunciante que ha quedado claramente demostrado en el procedimiento administrativo que los precios y condiciones de los Planes Chip Extremo resultan predatorios por estar muy por debajo de los costos incrementales de largo plazo del ICE.

6.1.5. Los planes Kölbi Chip Extremo del ICE no son verdaderas promociones sino esquemas permanentes y anticompetitivos de precios predatorios.

Manifiesta el denunciante que el Instituto Costarricense de Electricidad desde el momento de la apertura de telecomunicaciones ha introducido un esquema de precios predatorios disfrazado de "promociones". Indica que este esquema carece de uno de los elementos básicos de toda promoción, cuál es la temporalidad, por cuanto, por el contrario, se han venido realizando múltiples promociones sucesivas a lo largo de los últimos años, cuyos efectos se prolongan en el tiempo; todas en condiciones predatorias.

TELEFÓNICA añade que si bien algunas "promociones" son más drásticas que otras (como los Planes Chip Extremo denunciados), lo cierto del caso es que cuando se analiza en el contexto del tiempo todo el comportamiento del ICE se denota una estrategia absolutamente anticompetitiva con carácter de permanencia y efectos en el tiempo, que además son una contundente prueba de la intencionalidad de su conducta.

Ahora bien, según el dicho de TELEFÓNICA queda demostrado en el curso del procedimiento - tanto con la prueba documental solicitada por la SUTEL (folio 178 del expediente administrativo), como con el análisis del expediente que hicieron los testigos expertos y que hemos aportado como prueba

documental al expediente administrativo - la gran cantidad de planes promocionales que ofrece el ICE que terminan desnaturalizando el concepto de promoción al carecer de una temporalidad corta y definida.

Manifiesta que los efectos permanentes de las promociones del ICE se puede consultar en la prueba número 9 aportada. Aún más a criterio de la denunciante, de los propios testimonios de los testigos del ICE, Isaac Alonso Vargas y Cinthya Chaves se desprende que las "*llamadas promociones*" tenían un efecto permanente dado que sus efectos perduraban a lo largo del año. Así –a decir de TELEFÓNICA- del testimonio del primero se logró demostrar la perpetuidad de las promociones por cuanto siempre se lanzaban promociones de forma sucesiva a lo largo del año, iniciando en octubre con la época navideña hasta fin de año, luego siguiendo con el periodo de la entrada a clases que comprendía desde enero hasta marzo, seguido del periodo de semana santa, el día del padre, las vacaciones de medio año, el día de la madre, el mes de la independencia. De manera –continúa manifestando- que admitir que las promociones son diferentes atendiendo el simple concepto de estacionalidad, como lo pretende plantear el ICE permitiría entonces justificar promociones permanentes todo el año con precios predatorios, lo que de conformidad con el Derecho de la Competencia es prohibido.

TELEFÓNICA indica que el testimonio de la funcionaria Chaves demostró que un cliente captado con la promoción del plan, podría permanecer en el mismo por un máximo de seis meses, lo que acredita que los efectos eran prolongados por cuanto por todo ese periodo de tiempo se privaba a los otros operadores de poder captar a ese mismo cliente. Asimismo,-agrega- ella misma manifestó que la estrategia era "*retención*" pero aclaró que cualquier persona que en algún momento de su vida hubiese utilizado algún servicio del ICE ya se consideraba para sus efectos como un cliente de la institución, aun cuando no fuese un cliente activo. Adicionalmente, indica TELEFÓNICA que la testigo señaló como otro objetivo evitar la migración hacia otros operadores, de tal forma que se ve una estrategia deliberada de retrasar y obstaculizar la entrada en el mercado de los operadores con promociones activas por más de dos meses y efectos de seis meses. Asimismo, otro aspecto que resulta importante reiterar y destacar es el hecho de que prácticamente todas las promociones del ICE se encuentran por debajo de sus costos incrementales de largo plazo, lo que las convierte en predatorias y anti-competitivas.

Por ende, a criterio de TELEFÓNICA si se analiza el comportamiento desplegado por el ICE en sus precios de telefonía móvil a partir de la apertura del mercado de telecomunicaciones se constata la existencia de un esquema anti-competitivo de precios materializado a partir de frecuentes y sucesivas "*promociones*" con carácter de permanencia en el tiempo, en el mercado de los prepagos por debajo de los costos incrementales de largo plazo del ICE; esto es tan cierto que incluso llevó a la SUTEL a realizar una ampliación del traslado de cargos del procedimiento administrativo.

Por último, -señala la denunciante- conviene apuntar dentro de su conclusión el argumento esgrimido por el ICE que la promoción denunciada tuvo como objeto contestar las promociones que habían anunciado los operadores entrantes, y ofrece prueba en ese sentido de una promoción de Movistar para llamadas on-net. Este argumento –a criterio de TELEFÓNICA- no es de recibo por lo antes citado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de España, pues la respuesta del ICE es desproporcionada al ofrecer precios por debajo de sus costos incrementales de largo plazo, pero adicionalmente, porque según consta en el expediente, el ICE fue quien empezó con una campaña agresiva antes de que los nuevos operadores ingresaran en el mercado tal y como se desprende a folio 178 del expediente administrativo y hecho que fue reconocida por la funcionaria Chaves del ICE, quien mencionó que desde Junio de 2011 dicha institución había realizado promociones en el mercado prepago.

6.1.6. Los planes Kölbi Chip Extremo del ICE son prácticas anticompetitivas de estrechamiento de márgenes.

Según el dicho de la denunciante los planes Kölbi del Chip Extremo y SMS Extremo se configuran como prácticas anticompetitivas de estrechamiento de márgenes. Indica que tal y como fue explicado durante la comparecencia oral, para muchas legislaciones y tribunales el concepto de estrechamiento de márgenes se encuentra ligado al mismo concepto tipificado de precios y condiciones predatorias, dado que es el mecanismo para determinar en mercados integrados verticalmente si existe depredación

Añade que dado que los cargos para el acceso a facilidades esenciales son usualmente fijados con base en los costos incrementales de largo plazo (cargos de origen y terminación), la autoridad reguladora puede calcular si ciertos precios se encuentran por debajo o por encima de los niveles para cubrir los costos. Este método –continúa manifestando- es relativamente sencillo y provee un nivel de seguridad para todas las partes, tanto empresas como las cortes. Señala TELEFÓNICA que los test de estrechamiento de márgenes indican si un cierto precio ofrecido al consumidor se encuentran abajo o debajo de costos sin necesidad de acudir a un control ex ante.

Incluso -agrega TELEFÓNICA- para la testigo perito, Sittenfeld, sería perfectamente posible concebir dentro del tipo de condiciones predatorias que prevé la LGT y el artículo 16 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, la figura del estrechamiento de márgenes. Pese a ello TELEFÓNICA también reconoce que cierta corriente de la doctrina tipifica las prácticas de estrechamiento de márgenes como una conducta autónoma derivada del abuso de una posición dominante. Esto ha ocurrido principalmente en el Derecho Comparado de la Unión Europea.

Agrega la denunciante que, sin perjuicio del inciso en que se considere que esta práctica está tipificada, desde el punto de vista sustancial, el concepto y las reglas para analizar dichas conductas no varían y siempre son consideradas como comportamientos nefastos que atentan contra la libre competencia y que han sido sancionados duramente por las autoridades judiciales, regulatorias y de competencia en la gran cantidad de países donde se han presentado. Precisamente–continúa la denunciante- incluso ello ha llevado a que se catalogue por parte de la Comisión Europea como una práctica de efectos anticompetitivos "per se", que no requiere de mayor comprobación por cuanto los efectos anticompetitivos de estrechamiento de márgenes son evidentes e injustificables desde el punto de vista de los principios y normas del derecho de la libre competencia.

Fue así que a criterio de la denunciante, quedó demostrado en la comparecencia y con la prueba documental aportada que los Planes Kölbi Chip Extremo, bajo los test de estrechamientos de márgenes frecuentemente empleados en el derecho comparado, resultaban ilegales. Indica que conforme a lo expuesto por los expertos Briceño y Petrecolla, en este caso ambos tests confirman la existencia del estrechamiento de márgenes, por cuanto es previsible que un competidor igual o más eficiente que el ICE no podría competir de forma sostenida en el largo plazo teniendo que pagar los precios de acceso a la red como lo hacen sus competidores, y el propio ICE no podría tampoco mantener sus precios de oferta en el mercado minorista bajo el supuesto que tuviese que enfrentar dicho costo de acceso a la infraestructura.

Añade TELEFÓNICA que es importante aclarar que como lo mencionó le testigo perito Sittenfeld en su testimonio, a la hora de analizar el estrechamiento de márgenes se debe contrastar el precio potencial de consumo máximo de la promoción con el cargo de acceso e interconexión, por cuanto, la condición es predatoria aun si el consumidor no aprovecha la totalidad de la promoción. Esto permite–a decir de TELEFÓNICA- concluir que existe un estrechamiento de márgenes negativo que se demuestra con solo ver los resultados en el margen que tienen los operadores entrantes al ofrecer precios similares a los ofrecidos por los planes del ICE denunciados e intimados en las llamadas "any-net" de estos operadores entrantes.

La denunciante manifiesta que pese a ello, y aun si se tomaran los datos de "precio efectivo" aportado por el ICE, (lo cual no resulta consecuente con el análisis realizado por los expertos ofrecido como prueba), habría un estrechamiento de márgenes muy claro por cuanto el margen que tienen sus competidores permanecería entre uno negativo de dos colones y uno positivo de tres colones (luego de cancelar el cargo de interconexión). Al respecto, TELEFÓNICA agrega que, ello evidentemente no es suficiente para cubrir los costos de ninguna empresa proveedora de servicios de telecomunicaciones; ni siquiera del mismo ICE, de conformidad con el test del competidor eficiente realizado por los expertos y que también realizan las agencias de competencia al analizar este tipo de práctica.

6.1.7. El esquema de precios anticompetitivo del ICE materializado principalmente con el Chip Extremo ha sido deliberado e intencional.

TELEFÓNICA indica que es importante manifestar que, contrario a lo afirmado por el ICE, la intencionalidad no es un elemento que sea necesario para que se configure, conforme el ordenamiento jurídico nacional, el tipo de precios o condiciones predatorias, tal y como fue explicado por la testigo perito Pamela Sittenfeld durante la comparecencia.

Asimismo, la denunciante aclara que dicho elemento tampoco ha sido considerado como indispensable en todos los casos del Derecho Comparado (así el reciente caso de la Comisión Europea de TeliaSonera).

No obstante lo anterior, indica el denunciante que consideran que incluso asumiendo que la intencionalidad fuese requerida por la legislación para efectos de tipificación de las prácticas monopolísticas relativas, también se configuraría la conducta anticompetitiva y así fue demostrado por los expertos durante la comparecencia.

Así –señala TELEFÓNICA-, la experta Sittenfeld señaló: *“En el presente caso, la extensión, frecuencia y periodicidad de las promociones cuestionadas, hacen que este esquema no tenga ninguna lógica comercial, salvo por la posibilidad de impedir la entrada de los competidores. En otras palabras, este esquema no es sostenible económicamente para el ICE, a menos que efectivamente logre excluir a sus competidores del mercado. Esto se refuerza por el hecho que los competidores no pueden en la materialidad replicar dicha estrategia”*.

Asimismo –continúa indicando- que la intencionalidad -en los casos que si se ha exigido a nivel comparado para otras conductas- se ha llegado a interpretar en el sentido de que exista una ausencia de justificación económica razonable a la conducta realizada por el infractor. En el caso concreto considera la denunciante que dicho presupuesto se cumple al no existir una justificación económicamente válida que justifique la conducta intimidada.

Al respecto –señala TELEFÓNICA-, el experto Petrecolla fue enfático al manifestar dentro de la comparecencia que desde el punto de vista económico no tiene ningún sentido lógico que un incumbente baje sus precios por debajo de sus costos, por lo que, la única justificación económica es obstaculizar y limitar el crecimiento a sus competidores.

TELEFÓNICA agrega que, de los propios testimonios de los funcionarios del ICE se colige con meridiana claridad la intencionalidad de la conducta. Indica que básicamente los testimonios de los funcionarios Vargas y Chaves coincidieron en que, para el ICE, el precio no es relevante para efectos de captar clientes por cuanto, según su dicho, consideran que la demanda es inelástica y que la marca es muy fuerte. Si esto es así –manifiesta TELEFÓNICA-, ¿por qué entonces el ICE realizó promociones en materia de precios mucho más agresivas que los entrantes y que se encontraban significativamente por debajo de sus costos? ¿Qué sentido económico tenía para el ICE realizar estas promociones si la lealtad de marca era tan alta y si estaban convencidos de que el precio no

afectaba? ¿Por qué alega el ICE que ofrecer precios tan bajos era necesario para responder a la competencia, si de su propia prueba y según su dicho tenían estudios en los que consideraban que la demanda no era susceptible a precio? ¿Por qué el ICE continúa con la práctica mucho tiempo después de admitida la denuncia y fue necesario que la SUTEL, de oficio, ampliara los cargos intimados?

Por otra parte señala TELEFÓNICA-, la testigo ofrecida por la representación del ICE Cinthya Chaves manifestó que la promoción no era de captación sino para fidelizar a los usuarios del ICE; sin embargo, este argumento resulta poco creíble dado que para participar de los beneficios de la promoción, los usuarios debían adquirir un nuevo chip. Todos estos elementos –a decir de la denunciante- parecen precisamente indicar el ánimo deliberado del ICE de establecer barreras de conducta en el momento clave de la apertura efectiva de la competencia. Asimismo esto demuestra –según la denunciante- la temeridad del ICE en su planteamiento económico por cuanto considera -contra cualquier concepto económico- que sus precios no tienen ningún efecto en el mercado.

Por otro lado, a criterio de la denunciante, puede notarse la intencionalidad del ICE en perjudicar a la competencia cuando lanza sus planes con precios más predatorios en los tres primeros meses de la apertura efectiva de la competencia, los cuales según su propio testimonio, son los que generan más captaciones, amarrando a sus clientes por los restantes seis meses.

6.1.8. El esquema de precios y promociones Kölbi del ICE tiene efectos anticompetitivos en el mercado de telefonía móvil.

La denunciante indica que el esquema de precios y frecuentes "promociones" del ICE tienen manifiestos y evidentes efectos anticompetitivos en el mercado de telefonía móvil. Como punto de partida reitera que los estrechamientos de márgenes en el Derecho Comparado se han considerado tan lesivos al mercado que se han llegado a analizar por parte de la Comisión Europea como una práctica "per se", que básicamente implica que los efectos anticompetitivos del estrechamiento de márgenes son tan evidentes que no requieren de mayor prueba para reconocer su anti competitividad y la carencia de efectos pro-competitivos.

Añade que debe considerarse que según el estudio presentado por el mismo testigo del ICE, señor Isaac Vargas, se muestra una lámina con una investigación del ICE en la que se determina que el 60% de los usuarios a noviembre del 2011 se cambiarían o pensarían cambiarse de Kölbi. Es en esta información suministrada por el propio ICE donde –a decir de TELEFÓNICA-, en primer lugar se puede encontrar una explicación de las razones que lo llevan a ofrecer promociones con precios predatorios, precisamente en la tercera semana de noviembre del 2011 anticompetitivos eran probables cuando el acceso al producto mayorista era necesario para la venta a los consumidores finales. En segundo lugar, TELEFÓNICA determinó que había que analizar el nivel del estrechamiento de márgenes en relación con competidores eficientes (test de competidor eficiente). Cuando el nivel del estrechamiento es negativo, considera TELEFÓNICA que el efecto anticompetitivo era probable, por cuanto se obligaría a los competidores a operar soportando pérdidas.

Asimismo, el denunciante señaló que aun en la ausencia de un margen negativo los efectos anticompetitivos también podían estar presentes. En el caso concreto–continúa manifestando- se ha demostrado que ambos supuestos están presentes en el mercado de telefonía móvil en Costa Rica, toda vez que Telefónica, para competir, requiere acceder la red del ICE -pagando el cargo de interconexión- para que sus clientes puedan terminar la mayoría de sus llamadas como consecuencia de la posición dominante del incumbente. Asimismo, agrega que se ha demostrado en el procedimiento que el nivel del estrechamiento de márgenes ha sido tal que se configura como un estrechamiento negativo que obliga a los competidores a operar soportando pérdidas para poder competir.

TELEFÓNICA señala que la conducta denunciada que ha venido desplegando el ICE ha dificultado la

entrada de Telefónica y otros operadores de telecomunicaciones tales como los Operadores Móviles Virtuales, los cuales han visto seriamente afectada su permanencia, lo cual podrá ser corroborado por el Órgano Director en uso de sus potestades de investigación.

Agrega que son precisamente estos obstáculos que dificultan la entrada al mercado y que crean distorsiones al mismo, lo que ha considerado la jurisprudencia comparada como suficiente para tener por demostrado el efecto anti-competitivo, sin que se requiera necesariamente la salida definitiva del mercado de uno de los operadores.

La denunciante indica que el efecto anticompetitivo no requiere una determinación concreta de daños para poder catalogar una conducta como monopolística e ilegítima, sino que, por el contrario, lo que debe analizarse es la potencialidad y la probabilidad de los daños al mercado. Continúa indicando que en el Derecho de la Competencia, el efecto anticompetitivo no necesariamente coincide con el concepto civil de daño, sino que resulta mucho más general y puede ser incluso potencial (a diferencia del daño que es directo) por lo que puede configurarse precisamente en aquellos factores que limiten la competencia por existir obstáculos artificiales que generen desigualdades entre los competidores, tales como precios predatorios, estrechamientos de márgenes y discriminaciones de precios. Para el caso concreto de las conductas intimadas, TELEFÓNICA señala que esta potencialidad fue reconocida por la testigo perito, Sittenfeld quien manifestó en su informe (y además recalcó en su testimonio) lo siguiente: "*En este punto es importante destacar que el estándar de prueba que establece la Ley No. 8642 y la Ley No. 7472, es si la práctica tiene o puede tener un objeto o efecto anticompetitivo*". En otras palabras, el efecto puede ser actual o potencial.

Señala que este principio es coincidente con el criterio seguido por múltiples legislaciones de competencia alrededor del mundo, según las cuales "*la prueba de efectos reales del mercado no es necesaria siempre que hayan indicios de posibles efectos perjudiciales*".

Agrega TELEFÓNICA, que otra conclusión relevante del reciente caso de TeliaSonera radica en que se determinó que no sólo es posible sino incluso más probable la existencia de efectos anti-competitivos en mercados de apertura reciente. Es decir, en un mercado que está en apertura es evidente -según la denunciante- que todos los operadores entrantes están en un proceso de crecimiento por lo que el efecto anticompetitivo no necesariamente se traduce en pérdidas de clientes o en la expulsión inmediata del mercado especialmente cuando han existido inversiones millonarias en el país por parte de esto-, sino que, por el contrario, se pueden vislumbrar en la limitación al crecimiento normal y esperado de los operadores, o en la necesidad de tener que replicar ofertas y vender con pérdidas.

Asimismo, en dicho caso, TELEFÓNICA indica que ha quedado documentando en el presente caso la relación que existe entre el poder sustancial y los efectos anticompetitivos, siendo que la Comisión para Promover la Competencia, en la resolución 19-04, señaló lo siguiente: "*Al respecto, es importante destacar la relación que existe entre el poder sustancial y los efectos negativos y/o positivos de una práctica monopolística relativa. El efecto negativo sobre la eficiencia que conlleva la implementación de una restricción vertical disminuye en la medida en que la intensidad de la competencia sea mayor*" (Brunner, Stephan. *Manuscrito del Curso Evaluación Competitiva de Restricciones Verticales. 2003.*) *Debe entenderse que la intensidad de la competencia está estrecha e inversamente ligada a la existencia de un poder sustancial.*"

Agrega que a esta situación, se adicionan a las tradicionales barreras a las entradas del mercado de telefonía móvil -altos costos en el diseño, instalación y puesta en marcha de la infraestructura necesaria y costos de acceso al espectro-, las barreras artificiales impuestas por el ICE, al bajar los precios de usuarios pre-pagos por debajo de su costo, cuestión que desincentiva el ingreso de nuevos competidores. En este sentido –indica TELEFÓNICA- se puede destacar que los nuevos competidores pueden ingresar como operadores móviles de red u operadores móviles virtuales, estos últimos tienen

capacidad de ingresar más rápidamente a los mercados.

Las promociones que sistemáticamente lanza el ICE en relación al servicio pre-pago,-a decir de la denunciante- resultan en tarifas efectivas que se encuentran por debajo de los costos; afectan en forma negativa la competencia en el mercado de telefonía móvil y distorsionan la percepción de los usuarios sobre los verdaderos precios de los servicios móviles.

De tal forma que a criterio de la denunciante se deja en evidencia un claro efecto anticompetitivo que es el surgimiento de ventajas exclusivas a favor del ICE, las cuales son producto del estrechamiento de márgenes en el segmento de pre-pago on-net, y no de alguna eficiencia del ICE. Debido a que el ICE no debe pagar el cargo de interconexión para la gran mayoría de llamadas originadas en su red (todas aquellas que terminan en su propia red), el ICE tiene un margen de maniobra en la fijación de sus tarifas mucho más amplio que los otros operadores.

6.1.8.1. *Discriminación anticompetitiva de precios.*

La empresa denunciante manifiesta que el ICE, mediante sus planes y promociones de Kölbi, ha venido ofreciendo a sus clientes precios muy por debajo de su tarifa regular, únicamente para llamadas on-net. Esta situación se ha visto exacerbada en las promociones Chip Extremo, en sus distintas variantes. De esta manera, los beneficios de esas promociones derivados de precios por debajo del cargo de interconexión, solamente pueden ser utilizados para realizar llamadas en la misma red del ICE. De forma tal, que las llamadas off-net que realicen los usuarios del ICE no gozan de los beneficios de la promoción, y dichas llamadas se cobran a la tarifa general del ICE de aproximadamente 34 colones por minuto.

A su criterio esta conducta tiene un claro efecto discriminatorio y anticompetitivo por cuanto existe una discriminación (se cobra más del doble de la tarifa on-net), para las llamadas salientes a redes que no sean la red del ICE. Es decir se discrimina a los usuarios de las redes de Movistar y Claro y a los operadores móviles virtuales. Esta situación –indica TELEFÓNICA- es sumamente relevante en un mercado en apertura por cuanto la mayoría de las llamadas o mensajes de texto salientes estarán dirigidos a la red del ICE, básicamente porque la probabilidad de que un usuario actual de red móvil tenga una línea activa de otro operador distinto al ICE es estadísticamente muy baja.

En este sentido, -a decir de TELEFÓNICA- si se analiza el tráfico entre clientes de mi representada, del 8 de noviembre al 27 de noviembre del 2011, del total de minutos salientes hacia redes móviles, un 86% se cursaron hacia la red móvil del ICE contra solamente un 13% de terminación en nuestra propia red (tráfico on-net). Esta proporción–indica TELEFÓNICA- guarda un sentido lógico con la realidad del mercado: en el tanto el ICE continúe siendo el operador dominante y con una abrumadora cantidad de los suscriptores de telefonía móvil en el país, el cargo de terminación hacia su red y la posibilidad que ostenta este operador dominante de bajar sus tarifas on-net significativamente por debajo de este cargo son elementos indisolubles para promover un entorno competitivo adecuado y más aún, para asegurar que los nuevos operadores y proveedores cuenten con la posibilidad real de competir y de atraer tanto nuevos usuarios como los mismos usuarios del ICE, dinámica normal y saludable en cualquier mercado competitivo.

Esta diferenciación de precios (on-net vs. off-net) –a criterio de TELEFÓNICA- genera un efecto adverso en el mercado por cuanto se desincentivan las llamadas entre usuarios de las diferentes redes y el uso eficiente de las mismas. En el contexto en el cual se dio esta práctica, los efectos son todavía más adversos a la libre competencia y al mercado en general. En el entorno de la apertura de las telecomunicaciones, el ICE es un operador superdominante. De forma tal que el ofrecimiento de este tipo de promociones genera incuestionables efectos negativos, según la denunciante:

- a. Genera ineficiencias en el mercado, a raíz de que el mensaje para los usuarios es que deben contar con más de un teléfono móvil para poder aprovechar las tarifas on-net del ICE sin tener

- que cancelar los altos montos de las tarifas off-net. De manera que sólo cuando deben llamar a un usuario de una red distinta a la del ICE, lo hacen usando un teléfono móvil que pertenezca a alguno de los otros operadores.
- b. Desincentiva las llamadas de sus usuarios (más de un 90% al momento en el cual se lanzaron los planes cuestionados) a las redes de los operadores entrantes. Con ello, el tráfico de los operadores entrantes disminuye significativamente.
 - c. Estrechamente relacionado al punto anterior, se genera en los usuarios una concepción de que en caso de pasarse a un nuevo operador, recibirá menos llamadas; debido a que para la gran mayoría de los usuarios (los usuarios del ICE), resulta dos o tres veces más caro llamar a usuarios de los operadores entrantes. Con ello, por medio de una práctica anticompetitiva se impone una barrera de salida a sus usuarios, que además entorpece de forma ilegal, la incursión de los nuevos operadores en el mercado y una barrera de entrada para los nuevos operadores que no pueden contestar los precios del ICE sin tener grandes pérdidas operativas producto del pago de los costos de interconexión que estos deben hacer en la mayoría de las llamadas que se originan de sus usuarios a los usuarios del operador incumbente.
 - d. Se afecta negativamente el grado de interconexión entre las distintas redes de telecomunicaciones. La interconexión de redes pretende lograr contar con una gran red que opere adecuadamente, la cual está compuesta por las diferentes redes interconectadas. La práctica de discriminación de precios on-net y off-net por parte del operador dominante, disminuye este grado de interconexión entre las redes, por cuanto las redes operan como redes separadas y no como una gran red interconectada.
 - e. La discriminación de la política de precios que favorece únicamente las llamadas on net, también evidencia la intención del operador incumbente de no usar la red de sus competidores entrantes con lo que afecta seriamente la rentabilidad y sostenibilidad de la inversión de estos en la infraestructura de telecomunicaciones que están obligados a poner a disposición de los usuarios, generando serios efectos anticompetitivos e ineficiencias en el mercado.

6.1.8.2. *Obstaculización y retraso a la entrada de nuevos operadores.*

Indica TELEFÓNICA que la magnitud de este efecto solo puede ser entendida si se toma en consideración el contexto en el cual se lanzó la primera promoción "*Chip Extremo*". Esta promoción se lanza en el momento en el cual estaban entrando los dos nuevos operadores; es decir en el momento en el cual la captación de clientes se esperaba fuese más significativa; pues los operadores entrantes realizaban fuertes inversiones en publicidad y mercadeo y ofrecían sus nuevos servicios y las variantes de los mismos a los usuarios.

Al respecto TELEFÓNICA indica que el ICE lanza una "*promoción*" con precios tan bajos que les imposibilitaba lanzar una oferta para contrarrestar la promoción del ICE. Debe resaltarse, que a efectos de lograr replicar la promoción Chip Extremo los operadores entrantes deben lanzar una promoción any-net, por cuanto una promoción on-net no es igual de atractiva, en virtud del tamaño de sus redes comparadas con la red del ICE. De forma tal que todo el esquema y la estrategia de los nuevos operadores respecto al segmento del mercado de mayor crecimiento que es el prepago, se cae en virtud de una promoción a precios predatorios que no pueden contrarrestar debido al cargo de interconexión por terminación (margen inferior) y el estrechamiento de márgenes existente.

A criterio de la denunciante los operadores pueden intentar y han lanzado promociones any-net para tratar de que el ICE no los saque del mercado, sin embargo estas promociones no son financieramente sostenibles, por cuanto les llevan a incurrir en pérdidas.

Debemos también destacar que –a criterio de TELEFÓNICA- el ICE con los planes CHIP Extremo captó una cantidad significativa de clientes, por lo que se benefició de su esquema

anticompetitivo. TELEFÓNICA señala que la cantidad de clientes captados por las promociones CHIP extremo de Noviembre de 2011, parece indicar que tuvo un impacto significativo en el mercado de telefonía móvil (folio 486 del expediente administrativo). Este efecto es todavía más evidente cuando se analiza la información visible a folio 731. De conformidad con esta información –continúa indicando- el ICE- un operador ya consolidado que tiene años de prestar servicios- captó un total de 466,050 usuarios del servicio prepago en el período de setiembre del 2011 a diciembre de 2011 (coincide con el período en el cual se lanzó la primer promoción Chip Extremo). Mientras que Telefónica captó 108,898 usuarios prepago y, Claro captó 93,815 usuarios prepago. Es decir, la suma del total de usuarios del servicio de telefonía móvil prepago captados por Telefónica y Claro fue tan solo el 43.49% de los usuarios del servicio prepago captados por el ICE; pese a toda la campaña de publicidad masiva, las ofertas lanzadas y el ambiente favorable hacia los dos nuevos entrantes.

Agrega que del propio testimonio y presentación del funcionario Vargas se desprende que a partir del momento en que el ICE implementó el Chip Extremo en Noviembre de 2011, el indicador de disposición de los usuarios de pasarse a otros operadores experimentó una disminución significativa. Así, en noviembre de 2011 un 22% de los usuarios del ICE estaba dispuesto a pasarse de operador, en tanto un 38% admitió que al menos pensaría en pasarse, lo que representa potencialmente un 60% de usuarios que podían ser captados por otros operadores. No obstante, para el mes de diciembre dicho número ya se había reducido a 17% para los usuarios que estaban dispuestos a pasarse de operador y 36% y quienes al menos pensarían en pasarse. En ese sentido, TELEFÓNICA señala que dicha tendencia se mantiene a lo largo de la vigencia de los planes Chip Extremo; llegando en Mayo de 2012 a reducirse a un 14% el número de usuarios dispuestos a pasarse y a un 16 % los que potencialmente podrían pasarse, con lo que se redujo a 30% -prácticamente a la mitad en comparación con noviembre- la proporción de usuarios del ICE que estaban dispuesto a trasladarse de operador.

Esto deja– a decir de la denunciante- en evidencia los efectos anticompetitivos de las promociones Kölbi sobre los usuarios y sobre el resto de los operadores, por cuanto dicha percepción del consumidor no resulta consistente con lo que se debe reflejar en un mercado en reciente apertura siendo que la disminución de disposición de traslado a los entrantes muy pronunciada en tan poco tiempo después del momento en que ingresaron otros operadores al mercado.

Asimismo, para la segunda versión del Chip Extremo de Octubre y Noviembre de 2012 TELEFÓNICA desprende que se captaron una cantidad de casi 200.000 clientes (folio 541 del expediente administrativo). Así pues, TELEFÓNICA concluye que hubo una limitación importante al crecimiento del resto de los operadores, por cuanto se mantuvieron cautivos una cantidad muy significativa de clientes bajo el esquema predatorio, por el espacio de 6 meses que es el plazo de los efectos de las "promociones" intimidadas como conductas monopolísticas.

A criterio de la denunciante, esta promoción anticompetitiva obstaculizó severamente la entrada de los nuevos operadores, quienes tuvieron una captación de clientes muy por debajo de lo razonablemente esperado mediante análisis económicos. Nuevamente, el contexto en que se dio la promoción fue clave para entorpecer la entrada y esto tuvo repercusiones en el grado de concentración que mantiene el mercado de la telefonía móvil aun hoy en día.

Indica TELEFÓNICA que al día de hoy, más de dos años después de la entrada de los dos nuevos operadores, el mercado de la telefonía móvil en Costa Rica sigue siendo altamente concentrado.

TELEFÓNICA señala que es necesario hacer la salvedad sobre un tema en específico que podría prestarse para generar confusión. Telefónica y Claro en efecto han ganado participación en el mercado; mas no por ello se contrarresta el efecto aquí señalado. Explica que el mercado de telefonía móvil en Costa Rica, partía de un solo operador que dominaba el 400% del mercado. Con el ingreso de los Operadores Móviles Virtuales, los OMV ganaron una pequeña participación y la cuota de mercado del operador dominante se mantuvo muy por encima del 95%. Posteriormente ingresan al

mercado Claro y Telefónica, con una política comercial mucho más agresiva, con muchas mayores inversiones y además con costos hundidos estrepitosos. Lo previsible con esta entrada era que los dos nuevos operadores captarían con su capacidad una gran cantidad de usuarios, y que las participaciones se balancearían desconcentrando el mercado.

En otras palabras, sin importar el contexto, agrega que se trata de un mercado en crecimiento y los dos operadores, debido a la magnitud de sus inversiones y la movilización de sus recursos, captarían usuarios y aumentarían su participación en el mercado. No obstante las conductas del ICE han derivado en que esta captación de usuarios y la incursión de los operadores al mercado se haya entorpecido y obstaculizado al punto de que el ICE, dos años después de la apertura sigue siendo un operador superdominante.

6.1.8.3. *Barreras de entrada de conducta.*

La empresa denunciante indica que el mercado de las telecomunicaciones es un mercado que ya por sí mismo tiene barreras de entrada muy significativas. Sin embargo las conductas anticompetitivas y el esquema de promociones reiteradas del ICE se suman a estas barreras por cuanto para cualquier competidor potencial será evidente que existe una situación de estrechamiento de márgenes que resulta insostenible financieramente.

6.1.8.4. *Efectos en los usuarios.*

TELEFÓNICA indica que debido a que los operadores no dominantes no pueden competir contra las ofertas del ICE en razón del estrechamiento de márgenes y márgenes negativos que estos producen y les han producido; se genera en los usuarios la percepción general de que las llamadas del ICE son más baratas que las llamadas de Telefónica o de cualquier otro operador. A criterio de la denunciante, se genera con ello una distorsión en el mercado a raíz de la información percibida por el usuario sobre los costos reales del servicio tal y como fue demostrado con el testimonio del experto Petrecolli quien menciona la asimetría de información al consumidor que crea una confusión en torno a los precios de largo plazo. Agrega que esto dificulta aún más la competencia para los operadores no dominantes.

En ese sentido TELEFÓNICA explica que el usuario adquiere servicios que el ICE comercializa a precios que no son suficientes para cubrir sus costos. Esto, el ICE lo puede hacer de manera temporal; sin embargo, llegará el momento en el cual no pueda seguir financiando esas pérdidas o bien habrá desplazado a los demás competidores, y los precios volverían a subir aún más para amortizar la pérdidas económicas de largo plazo. De allí que se concluya que el esquema predatorio de las promociones del ICE genera un beneficio temporal, mas, a largo plazo, el usuario lejos de beneficiarse, se ve perjudicado.

6.1.8.5. *Desigualdad de oportunidades (ventajas exclusivas a favor del ICE derivadas de un comportamiento anticompetitivo).*

La empresa denunciante indica que la práctica denunciada genera una desigualdad de oportunidades entre agentes económicos que afecta la competencia en el mercado por cuanto se generan ventajas exclusivas a favor del ICE, las cuales son producto del estrechamiento de márgenes, y no de alguna eficiencia del ICE.

Debido a que el ICE no debe cancelar el cargo de interconexión para la gran mayoría de las llamadas originadas en su red (todas aquellas que terminan en su propia red), señala que el ICE tiene un margen de maniobra en la fijación de sus tarifas mucho más amplio que los otros operadores. Los operadores de redes distintas a las del ICE están con las manos atadas; no pueden competir, por cuanto si tienen que cancelar 17,95 colones sólo por la terminación de las llamadas y el ICE comercializa tarifas finales (terminación y originación) por debajo de ese monto; no hay forma de que

puedan replicarse a un precio equivalente sin incurrir en pérdidas.

Las promociones intimadas -indica TELEFÓNICA- como lo menciona el experto Petrecolla no son replicables porque aun cuando se ofrecieran precios similares (caso que no sucede con el chip extremo) el alcance de una promoción on-net de un operador entrante es mucho menor, por lo que nunca podría tener los mismos efectos. Por tales motivos, los operadores entrantes no tienen impedimento para realizar promociones on-net por debajo de costos, por cuanto carecen de una posición dominante y por ende existe una asimetría en el régimen de competencia, criterio que fue respaldado por las declaraciones e informes de todos los expertos aportados en la comparecencia.

Asimismo, continúan señalando que el ICE no podría replicar con promociones con una misma agresividad por cuanto su red on-net es mucho más extensa y generaría precisamente ventajas exclusivas a partir de su posición de dominio en el mercado mayorista de acceso e interconexión de la red de telecomunicaciones, cometiendo prácticas monopolísticas relativas como las intimadas en este procedimiento.

TELEFÓNICA concluye que un competidor igual de eficiente que el ICE tendría una desventaja competitiva en el mercado por cuanto incurriría en pérdidas si replicara las promociones, lo cual es un hecho que ha tenido que enfrentar Telefónica durante la apertura del mercado de telecomunicaciones.

En definitiva, señala que todos los elementos citados líneas arriba son suficientes para tener acreditado el efecto anticompetitivo. Agregan que no es necesario demostrar el desplazamiento o expulsión definitiva de alguno de los operadores, sino que basta con que se verifiquen estas situaciones que generan ventajas exclusivas a favor del ICE, las cuales conllevan serios perjuicios contra los operadores entrantes.

6.1.9. La teoría del caso planteada por el ICE no resulta admisible por cuanto parte de premisas falsas y apreciaciones legales incorrectas desde el punto de vista del derecho de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Indica TELEFÓNICA que quisiera referirse a la teoría del caso del ICE planteada en la comparecencia, esto con la finalidad de demostrar que la línea de argumentación desarrollada por el incumbente resulta inadmisibles, por cuanto, parte de premisas falsas y apreciaciones erradas desde la óptica del Derecho de la Competencia.

6.1.9.1. El ICE argumenta que la posición de dominio no es sancionable “per se”.

El ICE durante la comparecencia admitió que su poder sustancial es un hecho incontrovertido, y que lo cierto es que la posición de dominio no es sancionable "per se". Sobre este punto TELEFÓNICA aclara que en ningún caso se ha afirmado que el hecho que el ICE tenga poder sustancial implica que deba ser sancionado por sólo esa circunstancia. Lo que afirma la denunciante es que con el hecho que el ICE tenga poder sustancial en el mercado se cumple con el requisito de poder sustancial a efectos del análisis del mercado relevante -fijado en la LGT y en la LPCDEC- exigido para que se configuren las prácticas monopolísticas relativas. Es decir, lo TELEFÓNICA señala es que lo que sí está tipificado y resulta sancionable son las prácticas monopolísticas relativas de precios y condiciones predatorias, incluyendo el estrechamiento de márgenes, cometido por un operador de telecomunicaciones que, cuenta con poder sustancial en el mercado relevante.

Asimismo, tal y como se ha demostrado en la comparecencia –a criterio de TELEFÓNICA-, el hecho que el ICE sea considerado como una entidad “superdominante” implica una mayor responsabilidad para el ICE a la hora de fijar sus precios, dado que sus conductas generan mayores efectos en el mercado.

Finalmente, y como fue establecido en la comparecencia –continúa indicando- por los expertos y en los

informes de estos aportados como prueba documental, el derecho de competencia es asimétrico, de forma tal que existen normas prohibidas que solo aplican a agentes económicos con poder sustancial en el mercado relevante, como es el caso del ICE.

6.1.9.2. El ICE argumenta que no se cumple con el análisis de dos etapas para sancionar depredación de precios.

TELEFÓNICA señala que de acuerdo al ICE para demostrar la existencia de precios predatorios se requieren dos etapas. La primera un elemento objetivo que es la prueba del establecimiento de precios inferiores a un determinado costo y la segunda un elemento subjetivo que responde a la intención de excluir o debilitar a uno o varios competidores. Para justificar dicha posición el ICE hace referencia a un artículo del año 2005 de las autoras Susana Grau y Merino Castello. Asimismo, el ICE argumenta que sólo si la estructura del mercado permitiera la recuperación de los costos se debe proceder al análisis extensivo de la práctica, para lo cual hace referencia al voto de COPROCOM 02-2001, que TELEFÓNICA estima que no está relacionado con las características del mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica, el cual tiene altas barreras de entrada.

Sobre el particular TELEFÓNICA indica que en el tema de condiciones predatorias en mercados de telecomunicaciones existe y han citado numerosa doctrina más reciente y especializada, así como jurisprudencia comparada en la que se ha desarrollado el tema de los precios y condiciones predatorias. En consecuencia, proceden a analizar cómo los supuestos mencionados -objetivo y subjetivo- utilizados aun por algunas agencias de competencia, no aplican en la forma en que lo propone el ICE.

En el tema objetivo, TELEFÓNICA alega que demostró durante la comparecencia con los expertos que, el parámetro para determinar la existencia de precios predatorios son los Costos Incrementales de Largo Plazo. Además, agrega haber determinado en la comparecencia que el tema de la recuperación de costos, no forma parte del tipo legal de los precios predatorios, sino que dicho elemento resulta vinculado con el concepto histórico muy tradicional de la depredación -ligado a la Escuela de Chicago, que ha sido ampliamente superado en la época moderna y que no se exige para determinar la existencia de la conducta predatoria. De ahí que conforme a la doctrina y jurisprudencia más moderna –TELEFÓNICA- afirma que no se requiere demostrar si se podrán o no recuperar los costos.

Ahora bien, con esto TELEFÓNICA indica que no está negando la posibilidad de que el ICE recupere las pérdidas económicas a largo plazo que supone sus precios predatorios, pues ello es económicamente posible, según sea la situación futura de este mercado costarricense de telecomunicaciones. Lo que TELEFÓNICA sostiene durante la comparecencia es que ninguna autoridad de competencia en el mundo se espera a determinar si en efecto el infractor recuperó sus pérdidas para suprimir y sancionar la práctica de precios predatorios, pues ello sería un contra sentido, y para entonces el daño a la competencia en el mercado sería irremediable.

Continúa indicando que el ICE manifestó que no se configuraba el tipo de precios y condiciones predatorias porque no podrían recuperar las pérdidas en el mercado de telecomunicaciones costarricense, por ser un mercado cuyos precios son regulados y no dependen del ICE. TELEFÓNICA sostiene que este planteamiento también es absolutamente incorrecto y desprendido de la realidad del concepto de precios tope. Esto –según afirma- fue demostrado con el testimonio de los expertos quienes manifestaron que el hecho que exista una tarifa o precio tope en el mercado de telefonía móvil no impide la configuración de la práctica de precios predatorios. Agrega que ello resulta consistente con la jurisprudencia comparada, en especial el caso Deutsche Telekom donde tanto los precios de acceso y los precios minoristas tope también estaban regulados y aun así existieron sanciones al incumbente.

De tal forma que para que se configure el elemento objetivo –indica TELEFÓNICA- basta con que se

fijen precios por debajo de los costos incrementales de largo plazo por parte de un agente económico con poder sustancial en el mercado relevante, sin que el tipo legal exija la demostración de la recuperación de las pérdidas.

En lo que se refiere al elemento subjetivo, TELEFÓNICA señala que el artículo 54 de la LGT no exige la intencionalidad para que se configure la depredación de precios o las condiciones predatorias, tal y como lo señaló la perito Msc. Sittenfeld. En todo caso, aun cuando hipotéticamente se interpretara que se requiere dicho elemento para la práctica de precios predatorios, -en su decir- lo cierto del caso es que los expertos coincidieron que en el presente caso existía intencionalidad del ICE, tal y como lo señaló en la conclusión séptima del su escrito de conclusiones en donde queda claro –a su criterio- que no existe ninguna justificación económica del ICE para bajar los precios por debajo de sus costos; especialmente cuando según su propio dicho, ello no resultaba necesario para competir por cuanto su marca era suficientemente poderosa y a su juicio la demanda era inelástica.

6.1.9.3. ICE considera que no existe estrechamiento de márgenes por cuanto le resulta imposible imponer los precios mayoristas de acceso e interconexión.

Sobre este punto TELEFÓNICA indica que el hecho que el ICE no sea quien fije los precios mayoristas de acceso e interconexión, no impide que se configure la práctica de estrechamiento de márgenes, tal y como fue expuesto por los peritos durante la comparecencia oral; en particular, por el testimonio de la Msc. Sittenfeld, quien manifestó expresamente que el estrechamiento de márgenes resulta posible aun cuando los precios de acceso e interconexión se encuentren regulados.

Otro elemento a tomar en cuenta que considera TELEFÓNICA es que el ICE siempre ha insistido que el precio de interconexión ni siquiera le permite cubrir sus costos de terminación de las llamadas, al punto que interpuso una demanda judicial y solicitó un incremento de precios en el expediente de la nueva OIR. Esto –en su criterio- a su vez permite acreditar que los costos del ICE bajo ningún supuesto se van a encontrar por debajo de los costos incrementales fijados con base en la OIR.

6.1.9.4. El ICE argumenta que el Dominante también tiene derecho de realizar promociones.

Desde la óptica de TELEFÓNICA no se cuestiona que el operador dominante pueda hacer promociones y nunca ha mencionado que el ICE no pueda responder a la competencia y hacer promociones. Afirma que es un derecho del ICE pero con las limitaciones que establece la ley. El punto medular -indica- es que el ICE no ha realizado verdaderas promociones de naturaleza temporal, sino que forman esquemas de precios permanentes que se han prolongado por periodos significativos de tiempo, tal y como lo exponen en la quinta conclusión de su escrito de conclusiones. Agrega que el ICE bajo el argumento de la "estacionalidad" perpetúa las promociones a lo largo de todo el año según la declaración del funcionario Vargas.

Asimismo, TELEFÓNICA indica que las promociones y cualquier política comercial del ICE tiene limitaciones en la ley dado su poder sustancial y el tratamiento asimétrico de los principios y normas del derecho de la competencia.

Finalmente también alega que el nivel de precios admisible al operador incumbente a la hora de realizar promociones tiene como límite inferior los costos incrementales de largo plazo, lo cual fue analizado expresamente durante la exposición de los expertos Briceño y Petrecolla.

6.1.9.5. Que la promoción Chip Extremo fue una réplica de parte del ICE a las promociones lanzadas por los operadores entrantes.

De la prueba documental aportada TELEFÓNICA concluye que el ICE inició con sus promociones (Día Kölbi), desde al menos tres meses antes de la entrada de los nuevos operadores, y con anterioridad a

cualquier promoción lanzada por estos. Asimismo, ninguno de los operadores entrantes había lanzado una promoción de precios de la magnitud y duración del Chip Extremo, lo cual también puede constatarse en la prueba documental aportada por ambas partes. Por ello, -en su criterio- este argumento del ICE carece de validez por cuanto se apoya en hechos falsos.

En todo caso, TELEFÓNICA hace la salvedad, de que el argumento "*replicar precios*" (pese a que como se demostró anteriormente carece de validez en el presente caso) por ningún motivo puede ser aceptado como una justificación para utilizar esquemas de precios por debajo de costos, que acarrearán efectos anticompetitivos, dada la característica de que el derecho de la competencia es asimétrico e impone responsabilidades, obligaciones y sanciones a los operadores con poder sustancial en el mercado relevante, que no tienen los operadores entrantes por carecer de dicho poder sustancial.

6.1.9.6. Que los operadores entrantes han replicado con promociones agresivas.

Tal y como quedó evidenciado en la comparecencia oral con el testimonio de los expertos Petrecolla y Briceño, TELEFÓNICA alega que los efectos de las promociones "ON-NET" de los operadores entrantes no son iguales a las promociones "ON-NET" del incumbente por cuanto la mayor parte de las llamadas terminan en la red del incumbente. Es decir, las promociones "ON-NET" de los entrantes no serán atractivas para el usuario dado su limitado alcance.

La única forma de replicar las promociones on-net del ICE por parte de los operadores entrantes -indica TELEFÓNICA- es por medio de promociones any-net que permitan a sus usuarios dirigir llamadas a la red del ICE. Ahora bien, dado que los operadores entrantes deben cancelar el cargo de interconexión por terminación para la gran mayoría de esas llamadas (todas las que terminen en la red del ICE), resulta financieramente imposible poder replicar, bajo los mismos términos y con los mismos efectos, las promociones del ICE.

Por ello TELEFÓNICA señala que por esta situación es que existe una asimetría entre el tratamiento legal de las promociones de operadores que no tienen poder sustancial en los mercados relevantes de telecomunicaciones, con respecto a aquellos que sí tienen este poder sustancial, como es el caso del ICE.

6.1.9.7. Que sus "promociones" han tenido efectos positivos en el mercado de telefonía móvil.

Para determinar los efectos positivos en el mercado móvil, -indica TELEFÓNICA- el ICE se limitó a señalar que había existido un crecimiento en el mercado y en la participación de los operadores entrantes. Sobre este particular -señala- debe tomarse en consideración la situación contextual: se da la apertura del mercado anteriormente monopólico de las telecomunicaciones, y entran al mercado dos empresas que ofrecen servicios novedosos y que tienen experiencia y conocimiento de este mercado. Para ello estas empresas realizaron amplias inversiones con el fin de captar la mayor cantidad de clientes posibles. Agrega que esto es importante por cuanto la tendencia previsible era hacia una mayor desconcentración del mercado y la captación de clientes por parte de los nuevos operadores que permitieran un mercado más competitivo dos años después de la apertura del mercado de las telecomunicaciones.

En su criterio, el aumento en la participación de Telefónica y Claro hasta la fecha no puede atribuirse como un efecto pro competitivo de las conductas denunciadas; por cuanto estos son efectos propios y naturales de la apertura del mercado y la entrada de los nuevos operadores. Por el contrario, tal y como ha sido sostenido por los expertos en economía y telecomunicaciones, las conductas realizadas por el ICE han generado efectos anticompetitivos, por cuanto han retrasado la entrada y crecimiento de los nuevos operadores, y también la reconfiguración del mercado, y representan importantes barreras artificiales de entrada para potenciales competidores; tal y como fue señalado

en la octava conclusión del escrito de conclusiones.

Por otra parte, TELEFÓNICA señala que existen indicios de serios efectos anticompetitivos de los planes denunciados en los Operadores Móviles Virtuales (TUYO y FULLMOVIL), quienes antes del momento de la promoción habían captado una cantidad importante de usuarios. Sin embargo, por ejemplo, en el caso de Full Móvil a partir de noviembre de 2011 perdió prácticamente la mitad de todos sus clientes según la información que consta a folio 733 del expediente administrativo, mientras que TUYO experimentó un estancamiento abrupto en su crecimiento. De ahí que, ante estos indicios de efectos anticompetitivos, consideran importante analizar dentro del caso, los efectos sobre dichos Operadores Móviles Virtuales. TELEFÓNICA indica que es importante considerar si en la documentación entregada por los Operadores Móviles Virtuales (OMV), se demuestra el comportamiento de su "CHURN", durante el plazo de vigencia de las promociones y si el efecto fue tan importante que originó cambios en su relación comercial y contractual con el ICE.

Asimismo, agrega que tampoco puede considerarse la rebaja en los precios como un efecto pro competitivo a favor de los usuarios, sino como el resultado de precios predatorios. Esta situación, tal y como lo mencionó el consultor Petrecolla, no es sostenible financieramente a largo plazo, ni para el ICE, ni mucho menos para los operadores entrantes. Por ello, aunque es cierto que los usuarios experimentaron un mejor precio a corto plazo, -en su opinión- esto genera una distorsión, por cuanto no son los precios reales y porque económicamente no podrán ser mantenidos a lo largo del tiempo.

6.1.10. Conclusiones

Indica TELEFÓNICA que como corolario de lo expuesto es posible concluir que:

- a) El ICE tendría poder sustancial en el mercado relevante a la hora de lanzar los planes Chip Extremo, lo cual incluso fue reconocido por el propio ICE durante la comparecencia y por SUTEL en las resoluciones de declaratoria de mercados relevantes.
- b) El ICE realizó prácticas monopolísticas de precios predatorios por ofrecer con las distintas variantes del Chip Extremo, precios minoristas ON-NET significativamente por debajo de sus costos incrementales de largo plazo, los cuales a su vez, se pueden determinar a partir de la OIR, los cargos de interconexión y del propio modelo de costos del ICE aportado a la OIR.
- c) Dichas prácticas predatorias no califican como "promociones", sino como verdaderos esquemas de precios anticompetitivos dada su permanencia en el mercado, especialmente cuando se combinan con el resto de promociones lanzadas por el ICE a lo largo del año.
- d) El ICE realizó prácticas de estrechamiento de márgenes por cuanto los operadores entrantes se ven forzados a pagar los cargos de terminación en la mayoría de sus llamadas a raíz del poder sustancial de dicha entidad en el mercado mayorista de acceso e interconexión. De tal forma que al ofrecer los planes Chip Extremo por debajo de dicho precio de interconexión, se produce la condición predatoria de estrechamiento de márgenes dado que un competidor eficiente no puede competir en igualdad de oportunidades, y si lo hace o tiene márgenes que le impiden amortizar su inversión, o tienen márgenes negativos.
- e) El ICE actuó de forma deliberada e intencional por cuanto no existe ninguna justificación económica válida para que procediera a bajar los precios por debajo de sus costos, especialmente cuando, según su propio testimonio, no requería de ofrecer menores precios para competir con los operadores entrantes.
- f) Las prácticas monopolísticas denunciadas tuvieron un claro objeto y efecto anticompetitivo en el mercado por cuanto generaron distorsiones en el mercado de telecomunicaciones que incluyen la discriminación de precios, la imposición de barreras de entrada de conducta, la obstaculización al crecimiento de los operadores entrantes, y el establecimiento de ventajas exclusivas para el ICE.

En virtud de lo anterior TELEFÓNICA solicita lo siguiente:

- Que se ordene el cese inmediato de toda conducta y se proceda conforme a derecho corresponde.

6.2.Principales alegatos del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD.

6.2.1.Sobre las infracciones atribuidas en grado de probabilidad al ICE.

6.2.1.1. Artículo 54 inciso i) de la Ley General de Telecomunicaciones: Prestación de servicios a precios o en condiciones predatorias.

El ICE indica que el supuesto descrito en el inciso i) que hace referencia a la prestación de servicios a precios o en condiciones predatorias, para ser sancionable, debe tener, en forma real o potencial, como objeto o efecto, uno o varios supuestos de hecho que describe la norma legal expresamente; a saber, un desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores, el impedimento sustancial de su acceso, o bien, el establecimiento de barreras de entrada o ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.

Con lo cual concluyen que la sola prestación de servicios a precios o en condiciones predatorias, no se constituye "per se" en una conducta sancionable desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. Con lo cual indican que no basta que se ocasione un "atraso" en la entrada de los nuevos operadores o un impedimento de alcanzar la cuota de mercado que dichas empresas proyectaban tener en el mercado, para que se cumpla el tipo sancionatorio descrito en la norma del artículo 54 de la LGT.

Por otra parte, si bien el tipo sancionador prevé la potencialidad que ocurra alguno de los efectos anticompetitivos descritos en el artículo 54 de la LGT, -en su criterio- dicho supuesto debe ser probado de conformidad con la presunción de inocencia que le asiste por derecho constitucional a todas las personas acusadas, y que para el caso, considera se materializa en la necesidad de que la parte denunciante asuma como corresponde la carga de la prueba para demostrar el efecto anticompetitivo que pudo haberse causado, y no como ha pretendido mediante su prueba testimonial, invertir la responsabilidad de dicha carga en el ICE, que estaría obligado a demostrar los efectos positivos de la conducta acusada, bajo una presunción absolutamente improcedente de culpabilidad.

El ICE indica que como se puede apreciar, con base en la doctrina usual, se entiende que la conducta predatoria implica la demostración de dos elementos, primero, el prestar un servicio u operar por debajo de los costos en forma deliberada, y segundo, el tener la intención de eliminar o debilitar a los competidores.

Asimismo, el ICE indica que dicha conducta solamente tendrá un sentido racional si se desarrolla en un mercado con ciertas condiciones, entre ellas, elasticidad-precio de la demanda y la posibilidad real de manipular los precios para recuperar las pérdidas.

Añade que en nuestro país, el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones establece algunos elementos o indicios que la SUTEL podrá considerar para efectos de determinar la existencia o no de una práctica monopolística relativa, siendo uno de ellos, que el operador o proveedor venda un servicio de telecomunicaciones a un precio inferior a los Costos Incrementales Promedio de Largo Plazo (CIPLP).

En relación con el primer inciso indica el ICE que en nuestro país los Costos Incrementales Promedio de Largo Plazo (CIPLP) han sido asimilados por el Regulador y por la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) a los costos de interconexión aprobados mediante la resolución RCS-496-2010 de las 14:30 horas del 12 de octubre del 2010, y ratificada por la resolución RCS-529-2010 de las 12:30 horas del 8 de diciembre del 2010.

Añade que en materia general de competencia en nuestro país la Ley 7472, toma como parámetro para el análisis de precios predatorios, los costos medios totales o variables, según sea el caso, de conformidad con la misma regla de análisis establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El ICE añade que la COPROCOM señaló que para los casos de posible depredación de precios, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) recomienda una metodología conocida como Metodología de las Dos Etapas. A criterio del ICE la COPROCOM establece que en la segunda etapa de la metodología, el análisis de la relación precio-costos se debe realizar tomando en cuenta no un límite único de costos, sino una serie de tres rangos.

Adicionalmente manifiesta el ICE que la COPROCOM indica que es necesario para considerar la ilegalidad de la práctica, el comprobar además: *"...que esta tenía como objeto o efecto el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas"*.

A partir de lo anterior concluye ICE que si bien a nivel reglamentario en la materia de telecomunicaciones, se establece como indicio de la comisión de una conducta predatoria, el prestar servicios por debajo de los Costos Incrementales Promedio de Largo Plazo (CIPLP). Indica el ICE que sería necesario entonces, una vez comprobado tal indicio, recurrir necesariamente a la materia ordinaria de competencia a nivel nacional, -que es de aplicación supletoria-, y realizar el análisis de la relación precio-costos, tomando en cuenta no únicamente como límite de costos el Costo Medio Total, sino la serie de tres rangos que se señalan tanto en la jurisprudencia internacional como en la nacional.

Con base en todo lo expuesto indica el denunciado, se debería tener como punto de partida la demostración de la existencia del indicio y atribuir al ICE en la supuesta predación de precios, para lo cual sería necesario demostrar que el ICE ha ofrecido los precios de las promociones en cuestión por debajo de los CIPLP, entendidos éstos como los precios de interconexión incluidos en los contratos de interconexión vigentes y aprobados por la SUTEL, mediante la resolución RCS-496-2010 de las 14:30 horas del 12 de octubre del 2010, ratificada por la resolución RCS-529-2010 de las 12:30 horas del 8 de diciembre del 2010.

Señala el ICE que si se llegare a demostrar lo anterior, deberá procederse con base en la metodología aplicada por la COPROCOM y que se refiere a la caracterización de la estructura del mercado, que implicaría, en primer lugar, el determinar razonadamente los mercados relevantes que pueden ser objeto de la predación, lo cual deberá hacer siguiendo la clasificación de mercados realizada por la SUTEL mediante su resolución RCS-307-2009 de las 15:35 horas del 24 de setiembre del 2009, en la cual ya fueron definidos los 18 mercados relevantes para el mercado de telecomunicaciones de Costa Rica y en los criterios establecidos en el artículo 14 de la Ley 7472, y en segundo lugar, y mucho más importante, identificar las condiciones regulatorias objetivas existentes en esos mercados con el fin de determinar la posibilidad real de que cualquiera de sus agentes pueda fijar unilateralmente los precios; lo cual para el ICE no es posible en Costa Rica, con fundamento en la existencia de regulación de las tarifas por parte de la SUTEL.

6.2.1.2. Artículo 54 inciso j) de la Ley General de Telecomunicaciones: Actos deliberados que procuren obstáculos a salida de operadores.

El ICE indica que el segundo supuesto legal que se alega es el incumplimiento del artículo 54 de la LGT inciso j). Señala que dicha causal establece que será todo acto deliberado que tenga como único fin procurar la salida de operadores o proveedores del mercado, o impliquen un obstáculo para su entrada.

Añade -a criterio del ICE- se debe tomar en cuenta que dicha causal legal, cuyo tipo sancionatorio

dista de ser claro y preciso y que por consiguiente compromete seriamente su eventual aplicación, está contemplada en el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones en dos artículos distintos, eventualmente por una mala técnica reglamentaria, lo cual según su criterio crea confusión en detrimento del derecho de defensa.

En ese sentido el ICE concluye que la defensa se ha ejercido demostrando que la conducta realizada por el ICE de ninguna forma produjo obstáculos ni la salida de otros operadores del mercado.

6.2.2. Sobre la regulación tarifaria en Costa Rica.

6.2.2.1. Tarifas de usuario final.

El ICE indica que según lo dispuesto en el artículo 50 de la LGT no hay dudas con respecto al control absoluto que tiene la SUTEL sobre las tarifas de usuario final, sin que las mismas puedan ser controladas y mucho menos manipuladas por alguno de los operadores. En ese sentido añade que está claramente definido que inicialmente, la SUTEL hace la fijación de las tarifas, correspondiéndole posteriormente, determinar mediante resolución motivada si se ha alcanzado un nivel suficiente de competencia para que los proveedores de los servicios de telecomunicaciones determinen los precios, de acuerdo con las reglas de la oferta y la demanda.

El ICE indica que en el ejercicio de esta facultad legal, en el ámbito de las tarifas de usuario final, el Consejo de la SUTEL ha emitido una serie de resoluciones, de las cuales se reseñan las más relevantes para los efectos del presente procedimiento. Mediante la RCS-001-2009 de 18 horas del 28 de enero 2009, aportada como prueba documental número 32, el Consejo de la SUTEL ratificó la vigencia de las tarifas aprobadas por ARESEP para el ICE, y le prohibió cobrar tarifas diferentes o prestar nuevos servicios sin contar con tarifa autorizada. A criterio del ICE el contenido de esta resolución pone en evidencia el control absoluto por parte de la SUTEL sobre las tarifas que debe aplicar el ICE en los servicios que brinda a sus clientes, impidiéndole incluso la prestación de nuevos servicios sin contar con una tarifa previamente autorizada por la SUTEL.

Se indica que luego mediante la RCS-615-2009 de 10:45 horas del 18 de diciembre del 2009, publicada 15 febrero 2010, el Consejo de la SUTEL declaró como tarifas tope para los usuarios finales, a aplicar por todos los operadores y prestadores de servicios de telecomunicaciones, las tarifas fijadas por ARESEP para el ICE en diversas resoluciones anteriores. A criterio del ICE el único cambio introducido por esta segunda resolución, consiste en extender a los nuevos operadores las condiciones tarifarias previamente impuestas al ICE, con lo cual a su criterio, se consolida su argumento de que ningún operador puede en el mercado costarricense, imponer los precios a los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones. Señala que a la fecha el Consejo de la SUTEL no ha dictado ninguna resolución que modifique o deje sin efecto la resolución RCS-615-2009.

Para el denunciado resulta evidente que de acuerdo con la facultad legal otorgada por el legislador a la SUTEL, y por la forma en que el Regulador ha ejercido esa facultad, resulta jurídica y materialmente imposible, que un operador o prestador de servicios de telecomunicaciones, pueda fijar a su voluntad los precios de los servicios al usuario final.

De igual forma, agrega el ICE que para él resulta jurídica y materialmente imposible, que se configure la prestación de servicios de telecomunicaciones a precios predatorios tal y como está concebida a nivel doctrinal y regulatorio, pues ningún operador podrá vender sus servicios a precios ruinosos por un tiempo, con la intención de evitar la entrada o poner fuera del mercado a sus competidores con la intención de que cuando esos ocurra, subir los precios y recuperar las pérdidas ocurridas durante el bajonazo de precios. Lo anterior es así -a su criterio-, porque en las condiciones regulatorias actuales, ni el ICE ni ningún otro operador puede imponer los precios, debido a que en la

actualidad, los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, deben prestarse de acuerdo con las tarifas aprobadas por la SUTEL.

6.2.2.2. Tarifas de acceso e interconexión.

El ICE indica que de manera casi idéntica a lo que ocurre con la fijación de tarifas de usuario final, en el campo de las tarifas mayoristas, también existe una imposibilidad jurídica y material, para que el operador establecido, en este caso el ICE, pueda imponer a los otros operadores los precios de acceso e interconexión.

Agrega que si bien el artículo 61 de la LGT sobre precios de interconexión enuncia que los precios de interconexión deberán estar orientados a costos y serán negociados libremente por los operadores entre sí, en su párrafo final indica claramente que existe un procedimiento de intervención de la SUTEL en caso de desacuerdo entre operadores con respecto a las condiciones de acceso e interconexión, está normado en detalle en los artículos a 56 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones.

Continúa el ICE haciendo un recuento de las resoluciones dictadas por la SUTEL en materia de cargos de acceso e interconexión, en las que -a su criterio- queda en evidencia el control absoluto por parte del Regulador, de los cargos de acceso e interconexión a cobrar por el ICE a los interconectantes, tornando imposible que el ICE pueda ejercer control alguno sobre el costo de los servicios mayoristas, con lo cual la denuncia de Telefónica de una supuesta conducta anticompetitiva bajo la modalidad de estrechamiento de márgenes resulta absolutamente infundada.

La primera manifestación de ese control absoluto de la SUTEL sobre los precios mayoristas, -indica el ICE- ocurrió precisamente al imponer los cargos de acceso e interconexión que podía cobrar el ICE a los prestadores solicitantes, ante la falta de acuerdo entre éstos y el ICE con respecto a ese extremo. A su criterio situaciones similares ocurrieron con las empresas R&H, CALLMYWAY e INTERTEL, donde el Consejo de la SUTEL ejerciendo control absoluto de la fijación de precios mayoristas, dictó una orden provisional de acceso e interconexión, imponiendo los cargos que el ICE podía cobrar.

6.2.2.3. Aprobación de la Oferta de Interconexión de Referencia.

El ICE indica que para completar el panorama sobre la fijación de tarifas mayoristas, se tiene que mediante Resolución RCS-496-2010, de las 14:30 horas del 12 de octubre 2010, aportada como prueba documental número 24, el Consejo de la SUTEL aprobó con modificaciones la oferta de interconexión de referencia del ICE, donde se fijan las tarifas y otras condiciones mínimas para la interconexión, estableciendo los siguientes cargos de interconexión:

- Terminación en la red fija: 3,63 colones por minuto.
- Terminación en la red móvil: 17,95 colones por minuto.
- Tránsito en la red móvil: 5,77 colones por minuto.

Estos valores fueron confirmados mediante Resolución RCS-529-2010 de 12:30 horas del 8 de diciembre de 2010, que el ICE aportó como prueba documental. Lo anterior -a criterio del ICE- permite concluir que en el campo de las tarifas mayoristas, de acuerdo con las facultades legales y reglamentarias conferidas a la SUTEL, y por la forma en que el Regulador ha venido ejerciendo esas facultades, resulta jurídica y materialmente imposible que el ICE o cualquier otro operador, pueda imponer los precios de acceso, interconexión y uso compartido de infraestructura a los prestadores solicitantes.

De forma tal que para el ICE al igual que ocurre con la supuesta aplicación de precios predatorios, resulta jurídica y materialmente imposible que él como operador incumbente, pueda incurrir en la práctica conocida como estrechamiento de márgenes, toda vez que no tiene libre

disposición sobre los cargos que puede aplicar a los otros operadores por el uso de sus facilidades, ante el absoluto control que tiene la SUTEL sobre la regulación de todos los cargos aplicables.

6.2.3. Sobre las conductas realizadas por el ICE

El ICE indica que en un mercado de telecomunicaciones en competencia, se aceptan como válidas y necesarias las prácticas comerciales que tengan como objetivo aumentar la colocación de los productos y servicios, así como mejorar la relación con los clientes actuales y potenciales, con el fin de generar ingresos que permitan la cubrir la obligaciones y necesidades de las empresas.

A su decir, la operadora enfrenta competencia en el mercado de los servicios móviles desde el año 2011, por lo que, desde la apertura formal del mercado de telecomunicaciones nacional en el 2008, le ha sido necesario modificar sus estrategias comerciales que eran propias de un mercado en monopolio con el fin de adaptarlas a un mercado en competencia.

En ese sentido, -señala- la mercadotecnia entendida como un conjunto de actividades de negocio diseñadas para crear productos que satisfagan necesidades, y la consecuente asignación de precios, promoción y distribución en los mercados meta, ha sido una variable de suma relevancia para poder cumplir con los objetivos estratégicos y planes de trabajo aprobados por la Administración Superior del ICE.

Así el ICE indica que dichas actividades resultan vitales para mantenerse en el mercado enfrentando a otras empresas. Agrega que es así como especialistas como Al Ries y Jack Trout, afirman que todas las empresas tienen un segmento que atender y competidores de quien defenderse, y destacan el hecho de que ninguna empresa, puede ser considerada una "isla", y que muy por el contrario, necesita retroalimentarse de todo su entorno, desde las características y segmentos del mercado, hasta de sus clientes actuales y potenciales, así como de las debilidades y fortalezas de sus competidores, para poder así establecer un plan de acción que le permita posicionarse, defenderse, sobrevivir y operar con márgenes rentables.

6.2.3.1. Características y vigencia de las promociones

El ICE, indica que con base en los respectivos reglamentos de las promociones investigadas resulta evidente que cada una de las promociones tuvo objetivos y características diferentes. En primer lugar, cada una de ellas se aplicó en un periodo del año diferente según estacionalidad y para una población meta específicos, y en segundo lugar, sus condiciones y montos de beneficios fueron también diferentes.

Las premisas para determinar el precio del usuario final de las promociones de referencia fueron debidamente descritas y aportadas al expediente por el ICE mediante Nota número 264-100-2012 del 24-02-2012, y explicadas mediante el testimonio de la testigo funcionaria del ICE, Cinthya María Chávez Víquez al Órgano Director durante la sesión de la Audiencia realizada el día 27 de noviembre del 2013.

Al respecto indica el ICE que la promoción Navidad Kölbi se lanzó en la época navideña y pretendió aprovechar las especiales condiciones socioeconómicas de todas las personas en ese periodo. Su precio era de 2500 colones con un bono de bienvenida de 6000 colones. Fue dirigida a los clientes de servicios kölbi postpago, servicios prepago, planes kölbi datos con terminal asociado y servicios de telefonía fija del ICE. Aplicaba solamente a los servicios de llamadas, SMS y MMS nacionales en la red kölbi. Los bonos adicionales eran de 4000 colones, con una vigencia de 15 días naturales y se obtenían realizando una recarga de 1000 colones.

Por su parte, la promoción Múltiple en la Diversión se diseñó especialmente para la época de fin de año y vacaciones escolares y colegiales. Se dirigió a una mayor población meta que incluyó a

clientes de planes kölbi postpago, servicios kölbi prepago, planes kölbi Datos con terminal asociado, servicios de telefonía fija ampliándose al segmento de planes kölbi Blackberry. Aplicaba solamente a los servicios de llamadas, SMS y MMS nacionales en la red kölbi.

De igual forma, la promoción "*Chip Bono Extremo*" y "*Chip SMS Extremo*" fue lanzada únicamente para el segmento de clientes que adquirirían servicios kölbi prepago, a los cuales se les ofrecieron nuevas modalidades de "*Chip Bono Extremo*", que consistieron en aumentar el precio a 3000 colones, así como el monto de recarga a 1500 colones, en disminuir el bono de bienvenida a 4000 colones, ampliar la cobertura a los servicios de llamadas y SMS internacionales, y eliminar el servicio de MMS.

Finalmente la Promoción "*Chip Extremo*" y "*Kit prepago con Chip Extremo*" que fue realizada ocho meses después de la última promoción de referencia, para la época prenavideña, en el mes de octubre del 2012, fue dirigida solamente a clientes del servicio kölbi prepago e incluyó nuevos cambios tales como incluir nuevamente la aplicación a MMS nacionales e internacionales, aumentar el monto de recarga a 2000 colones y disminuir el monto y vigencia del bono adicional a 3000 colones y 7 días respectivamente.

Por lo tanto, y de conformidad con la explicación y respuestas que emitió su testigo Chávez Víquez al Órgano Director, es que—en su criterio- debe tenerse como HECHO NO CIERTO lo establecido en el acápite c) del Hecho Primero de la resolución de las 8:00 horas del 9 de mayo del 2012, respecto a que la vigencia de las promociones fue de 6 meses. Esa interpretación a criterio del ICE no se ajusta a la realidad, por cuanto como fue debidamente demostrado mediante la declaración de la testigo Chávez Víquez con base en los reglamentos, presupuestos y metodología de diseño de las promociones, son conceptos totalmente diferentes la vigencia de la promoción y el período durante el cual los clientes que la suscriben, pueden gozar, bajo ciertas condiciones, algunos de los beneficios que las mismas otorgaban.

Para cada promoción el respectivo reglamento establece en forma clara que la misma es por tiempo limitado, indicando la fecha de inicio y la fecha de finalización de la misma, sin que —en su criterio- se haya indicado en ningún caso que las mismas tienen vigencia de 6 meses como equivocadamente se indicó en la resolución del 9 de mayo del 2012.

De acuerdo con la práctica comercial, -manifiesta el ICE- es de conocimiento general que el término "*vigencia*" de la promoción, se refiere exclusivamente al período de tiempo durante el cual los interesados pueden inscribirse o suscribirse, según los términos establecidos en el reglamento de la respectiva promoción, para poder disfrutar de los beneficios de la misma. Vencido ese espacio de tiempo ofrecido por el operador, ningún cliente tendrá derecho a suscribirse a la referida promoción.

Por otra parte, continúa indicando el ICE, los beneficios de la promoción, según la modalidad establecida en cada caso, podrán materializarse y agotarse en un solo acto, como la obtención de un premio (una suma de dinero, un vehículo, un viaje) o de un bono; o bien mediante una serie de actos sucesivos durante un período limitado de tiempo, sujeto a cumplir ciertas condiciones, como ocurre en el caso de las promociones analizadas en este procedimiento.

Para el caso que nos ocupa, -señala el ICE- las reglas para el disfrute de los beneficios de la promoción, establecieron en forma clara que durante los primeros 6 meses posteriores a la suscripción de la promoción, solo quienes la suscribieran y en caso que realizaran una recarga mínima durante los primeros 7 días de cada mes, podrían hacerse acreedores a un bono adicional, tal y como correctamente se enuncia en el acápite b) del hecho imputado, referente al bono adicional.

El disfrute de ese bono adicional –indica el ICE_ tampoco estaba garantizado con la sola suscripción de la promoción, pues tenía como condición, la realización de una recarga mínima durante los primeros siete días naturales de cada mes. De forma tal que los suscriptores que no recargaran el monto mínimo y en el tiempo determinado en cada caso dentro de ese espacio de tiempo durante los siguientes seis meses, no se harían acreedores al bono adicional. Y aun cuando realizara las recargas todos los meses dentro del período previsto, sus acciones estarían referidas al período de disfrute de uno de los beneficios de la promoción, y nunca a la vigencia de la misma, pues tal concepto como el ICE explicó, está referido exclusivamente al período durante el cual los clientes tenían la posibilidad de suscribir la promoción.

El ICE señala que bajo ninguna circunstancia puede afirmarse que la vigencia de las promociones descritas y ofrecidas por el ICE fue de 6 meses como infundadamente se presumió en la intimación de hechos, por cuanto la vigencia de cada una estuvo siempre claramente delimitada en su respectivo reglamento

De lo descrito, a criterio del denunciado queda demostrado que las promociones realizadas por el ICE fueron efectivamente por un tiempo limitado, por lo que su duración no fue prolongada para convertirse en habitual o permanente, por lo que no pudieron haberse constituido en una barrera de entrada ni salida de mercado.

Por lo tanto, el ICE indicando que al no constar en autos prueba alguna que permita sustentar la afirmación de que estas promociones estuvieron disponibles para ser suscritas por los clientes durante un período de 6 meses, solicita que se tenga como hecho no demostrado.

6.2.3.2. *Inexistencia de precios predatorios*

El ICE indica que los hechos denunciados por Telefónica, mediante los cuales afirma que ha prestado servicios de telecomunicaciones a precios o en condiciones predatorias, y por ende es merecedora de sanción, no tienen sustento probatorio idóneo, pertinente ni útil, siendo por ende, una acusación sin sustento probatorio, que no pasa de ser, a lo sumo, una historia bien contada, pero jamás un caso sólido para ser atendido por el Regulador.

En este sentido, -a criterio del ICE- lo argumentado por Telefónica no encaja en el plano real y jurídico, sin que exista por consiguiente subsunción entre los hechos probados y el tipo sancionatorio. El ICE manifiesta que aportó la debida documentación (notas 264-100-2012 del 24-02-2012 y 264-638-2012 del 11-12-2012 que constan a folios 141 y 541 del expediente, respectivamente), y la prueba documental y testimonial idónea, mediante la cual ha quedado demostrado que los precios efectivos de las promociones realizadas, estuvieron siempre por encima de las tarifas de interconexión vigentes aprobadas por la SUTEL mediante las resoluciones RCS-496-2010, ratificada por resolución RCS-529-2010. Dichos precios fueron aportados debidamente por el ICE mediante Notas 264-100-2012 del 24-02-2012 que consta a folio 141 del expediente y Nota 264-638-2012 del 11-12-2012 que consta a folio 541 del expediente.

Por lo tanto, el ICE señala que su defensa se sustenta en la realidad fáctica del presente expediente y es fácilmente constatable con base en los datos de consumo de tráfico y clientes captados en cada promoción, con lo cual, no sólo se desvirtúan completamente las afirmaciones de la denunciante y las declaraciones de sus testigos, sino que además se deja acreditado de manera fehaciente, que los precios efectivos de las llamadas realizadas y los mensajes cursados por los suscriptores de las promociones investigadas, están por encima de las tarifas mayoristas que fueron aprobadas por la SUTEL y pactados en los sendos contratos de interconexión suscritos entre el ICE y Telefónica y Claro.

El ICE señala que en primer lugar, la denunciante parte del argumento falaz de que todos los suscriptores, con absoluto grado de certeza, pudieran cumplir las condiciones establecidas en el

reglamento de la promoción, y con ese mismo grado de certeza, se hicieran acreedores de los beneficios que la misma otorga. Señala a lo largo de muchos años de existencia y evolución de los servicios de telecomunicaciones, el ICE ha logrado medir y estudiar los comportamientos de tráfico de las redes de telecomunicaciones, los que a su vez reflejan y responden a los patrones reales de consumo de los clientes. A manera de ejemplo, aunque a nivel teórico –señala el ICE- es posible pensar que todos los clientes puedan originar llamadas en un mismo momento, la realidad histórica y el comportamiento medido estadísticamente a lo largo de muchos años, permite afirmar que eso nunca ocurre. Basta sólo con pensar que cuando un cliente llama y logra contactar al número llamado, el titular de ese número llamado no podrá generar simultáneamente una llamada saliente, por cuanto su canal está ocupado con la llamada entrante que está atendiendo. De forma tal que aunque teóricamente posible, la probabilidad de que todos los usuarios de una red llamen en un mismo momento, nunca podrá ser igual a 1.

Es por ello—agrega el ICE- que la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y los organismos reguladores en los diferentes países, han dispuesto como norma para el dimensionamiento de las redes, valores que se apoyan en análisis del comportamiento estadístico de los patrones de consumo de los clientes, para no hacer incurrir a los operadores en costos excesivos para garantizar umbrales de tráfico que, aunque sean posibles en teoría, se sabe que en la realidad nunca serán alcanzados.

El ICE indica que la empresa denunciante al argumentar que el comportamiento racional de los consumidores los impulsaría a todos a explotar las promociones calculando exactamente y obteniendo el máximo beneficio frente al menor costo posible, obvia aspectos significativos que invalidan esta tesis en un escenario real. Tal irrealidad—afirma el ICE- es reconocida por el testigo de la empresa denunciante, don Diego Petrecolla, quien en la página 34 de su informe afirma que el uso pleno de los bonos promocionales es un supuesto muy estricto.

El ICE señala que en primera instancia, el supuesto del comportamiento racional es justamente eso, un supuesto diseñado para correr modelos macroeconómicos, fijando algunas variables -y así poniendo en funcionamiento el "*ceteris paribus*"- de modo que las variaciones no esperadas en las mismas distorsionen los comportamientos a analizar en las variables de interés. De ahí que, la suposición del comportamiento racional por parte de cualquier agente del mercado, sea consumidor, empresa, proveedor o Estado, no se sostiene en el escenario real.

Sin embargo, el ICE indica que tomando como supuesto el comportamiento racional del consumidor, y asumiéndolo como una conducta real dentro del modelo que propone la denunciante, es necesario recordar que ese mismo comportamiento implica que el consumidor se comportará de manera tal que sus decisiones le generen el mayor beneficio. El comportamiento racional implica también que un consumidor racional no consumirá más de lo que realmente necesita, por lo que no estaría alterando sus patrones de consumo significativamente con el objeto de responder y aprovechar una promoción temporal.

Según el ICE para que el escenario planteado por la denunciante fuera real, sería necesario asumir que los clientes actuaron calculada e inequívocamente de la siguiente forma: adquirieron un plan Chip Bono Extremo o Chip SMS Extremo, recargaron 1000 colones en los primeros 7 días del mes para aprovechar el beneficio del bono del mes siguiente, y en ese primer mes no volvieron a recargar, se aseguraron de consumir la totalidad del bono en los primeros quince días, y luego, administraron cuidadosamente su saldo restante, lo que implicó necesariamente una reducción forzosa y significativa de su consumo. Este patrón de comportamiento además, lo debieron repetir a lo largo de cada uno de los meses en los cuales gozaron de un bono. Por la naturaleza propia, tanto del servicio como de la promoción, el consumidor supuestamente racional no estaría en la capacidad de guardar parte de sus bonos para otras ocasiones. Si bien podría administrar parte de sus recargas, el hacerlo le exigiría llevar una contabilidad detallada de cada minuto de llamada y cada SMS enviado, con el consecuente cambio de sus costumbres de comunicación móvil.

Para el ICE a partir de la descripción anterior, es evidente que ese no podría ser el objetivo de la promoción, por el contrario, lo que el ICE o cualquier otro operador pretendería con las promociones sería incentivar el consumo de sus clientes del servicio prepago, -cuyo comportamiento tradicionalmente muestra un ARPU menor al del cliente del servicio postpago-, así como modificar su comportamiento hacia uno de mayor consumo y mayor regularidad en los períodos de recargas frente al patrón de recargas irregular y poco predictivo que presenta usualmente este servicio de prepago comparado nuevamente con los ingresos seguros aportados por los clientes postpago.

En ese sentido, si en la realidad se aplicara el principio de comportamiento racional en todos los agentes del mercado, las promociones simplemente desaparecerían, ya que sería evidente que ninguno de los oferentes se expondría a un comportamiento depredador por parte de los consumidores.

De todos modos, considera el ICE que este supuesto comportamiento "racional" supondría un elemento irracional que invalidaría el principio mismo de racionalidad, ya que un agente racional consumiría únicamente la cantidad de unidades de cada servicio que efectivamente requiere, realizando un cálculo para sí mismo respecto del provecho que efectivamente podría obtener del plan en el corto, mediano y largo plazo, y consideraría racionalmente sus necesidades a lo largo de todo el mes, no sólo por los 15 días durante los cuales podía consumir tanto el bono de bienvenida como los bonos adicionales según se establecía en las promociones investigadas.

Sobre la base de esos mismos principios –señala el ICE-, quienes diseñan promociones relacionadas con los servicios de telecomunicaciones, definen la mecánica de las mismas de manera que la relación entre los ingresos generados por la promoción, sean superiores a los costos de la misma.

Indica el ICE que tal y como lo explicó la testigo Chaves Víquez, para las promociones que son objeto de investigación en el presente procedimiento, se tomaron en cuenta patrones de consumo real de los clientes con base en los cuales se realizaron proyecciones de costo-ingreso de cada promoción, siendo que en todos los casos las promociones obtuvieron un VAN positivo. De igual forma, se demostró a través de la presentación realizada por la testigo (gráficas declaradas confidenciales) que según lo estimado por el ICE, el consumo real de minutos y SMS de los clientes que suscribieron las promociones nunca estuvo por encima del umbral máximo por sobre el cual no era posible recuperar el costo mínimo de interconexión.

Añade el ICE que la empresa denunciante, en su condición de operador transnacional de telecomunicaciones, reconocido como uno de los más grandes actores en los mercados mundiales de esta industria, que ocupa posiciones de dominio en España y en varios países de América, conoce muy bien la lógica y la base estadística sobre las que se montan este tipo de promociones, y entiende perfectamente que sus afirmaciones no tienen sustento en la realidad. De ser ciertas sus afirmaciones, cómo es posible entonces que la denunciante tenga en vigencia promociones con beneficios equivalentes y aún superiores a los otorgados por nuestra representada, objeto de análisis en este procedimiento.

Dado el momento de interposición de la denuncia, justo al inicio de su lanzamiento comercial y la argumentación de TELEFÓNICA, agrega el ICE que no puede evitar asumir que la pretensión principal de la denunciante apuntó siempre a que se limitara al ICE su derecho de realizar promociones durante la época de fin y principio de año, como es propio de todos los operadores en cualquier lugar del mundo con el único objeto de incrementar sus ventas.

Basta con decir que entendiendo perfectamente la dinámica del mercado y que las promociones forman parte de la práctica comercial, la empresa Claro se ha dedicado a competir y a procurar la obtención de clientes y crecimiento de su cuota de mercado, luchando en el ámbito comercial, sin pretender por medio de denuncias infundadas, que el Regulador le otorgue ventajas injustificadas

frente al operador establecido, como habría ocurrido en caso de haberle concedido las medidas cautelares solicitadas por Telefónica, o como ocurriría con una eventual imposición de multas al cabo de este procedimiento.

El ICE indica que entiende que en la fase de investigación preliminar los encargados de dicho análisis no contarán con las herramientas para filtrar este tipo de argumentos falaces, pero en la etapa actual de este proceso, donde impera el deber de establecer la verdad real de los hechos, solicita de manera contundente, que la imputación de la supuesta conducta de precios predatorios por parte del ICE, también pase, al igual que en el caso anterior, a figurar como HECHO NO DEMOSTRADO, en la recomendación de Acto Final que debe producir el Órgano Director, al carecer de sustento en la realidad y no constar en autos elementos de prueba que la acrediten.

6.2.3.3. *Precios de promociones estuvieron siempre por encima de los cargos de interconexión vigentes*

El ICE indica que con base en lo dispuesto en el artículo 7 y 16 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, el Órgano Director tiene como indicio que el ICE ha cometido una práctica de predación, el supuesto hecho de haber ofrecido precios en las diferentes promociones por debajo de los Costos Incrementales Promedio de Largo Plazo (CIPLP), los cuales, la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) asimiló expresamente a las tarifas de interconexión vigentes.

De igual forma, en el punto 2.1 del oficio 3911-SUTEL-DGM-2013 del 8 de agosto del 2013 que consta a folio 693 del expediente, la Dirección General de Mercados de la SUTEL toma como base la información del Modelo de Costos Regulatorios remitido por el ICE para estimar costos de los servicios de Terminación de llamada en la red móvil, de Llamadas minoristas móviles on-net y de Llamadas minoristas móviles off-net (nacionales).

Con respecto a esta imputación, el ICE señala que el Modelo de Costos Regulatorios al que se hace referencia en ambas oportunidades, fue presentado por el ICE en el mes de octubre del año 2011 y consiste en una "*propuesta*" presentada por el ICE respecto de la cual no existe resolución alguna por parte de la SUTEL que la apruebe o rechace, por lo que, tales costos no han sido autorizados para ser aplicados o cobrados por el ICE y mucho menos, fueron tomados como base para el diseño de las promociones que son objeto de investigación en el presente proceso, tal y como lo confirmó la testigo del ICE Chávez Víquez en su declaración al indicar que el costo mínimo que ellos tomaron en cuenta para el diseño de las promociones objeto de investigación son los 17,95 colones aprobados por la SUTEL.

El ICE aclara que el área de Negocio y Comunicaciones donde se desempeña la testigo Chávez Víquez y que es donde diseñan las promociones prepago, se limita a tomar el dato que le es dado por el área financiera correspondiente a su Dirección, sin que ella participen en el modelaje de costos del ICE. De ahí su desconocimiento sobre las distintas combinaciones metodológicas del modelo de costos del ICE y que constan en el punto 2.1 del oficio 3911-SUTEL-DGM-2013 del 8 de agosto del 2013, sobre las cuales le fue preguntado por parte del Órgano Director.

De hecho, a la fecha, -indica el ICE- no existe certeza de cuál de esas distintas combinaciones de metodologías, en cuanto al estándar contable, al método de depreciación y al uso o no de la revaluación de activos, es la que oficialmente procede aplicar, por no haber sido resuelta por parte de la SUTEL la propuesta presentada por el ICE desde el mes de octubre del 2011.

A criterio del ICE resultaría absolutamente impropio aplicar el modelo de costos presentado por el ICE en esa oportunidad, dado que, según consta en la página 13 del documento "*Determinación de tarifas de Acceso e Interconexión*" que se adjuntó a la Nota del ICE No. 6000-1842-2011 presentada a la SUTEL el 20 de setiembre del 2011 y aportado como prueba documental número 31, el mismo

fue construido con base en los datos financieros del ICE correspondientes al año 2010 periodo durante el cual no existían otras empresas compitiendo con el ICE en el mercado de servicios móviles y por lo tanto, los costos no pueden ser asimilados a un entorno en competencia.

Al respecto el denunciado manifiesta que el Consejo de la SUTEL en Resolución RCS-091-2013 de 14 horas del 4 de marzo del 2013, aportada como prueba documental número 26, rechazó el ajuste de tarifas para el servicio de telefonía fija con fundamento, entre otros, en la antigüedad de la base de costos utilizada y que precisamente se trataba del modelo de costos del ICE de referencia, resolviendo en esa oportunidad que aplicar un modelo de costos del 2010 podía conducir a inadecuadas asignaciones de costos, cargando en exceso porcentajes superiores a los que realmente corresponden si la base del modelo fuera más reciente, produciendo incrementos injustificados en las tarifas sometidas a audiencia pública.

En consecuencia, a criterio del ICE no se puede tomar como elemento de comparación para determinar la existencia de conductas anticompetitivas, la propuesta de costos regulatorios presentada por el ICE en el mes de octubre del 2011, por haber sido estructurada sobre una base temporal correspondiente al 2010. Caso contrario, los resultados adolecerían de un vicio de nulidad por ser inconformes con el bloque de legalidad que incluye las resoluciones de la SUTEL.

Por lo tanto, en el mercado de telecomunicaciones de Costa Rica, donde tanto las tarifas mayoristas como las de usuario final son impuestas a todos los operadores por parte del Regulador, al no haber sido reconocido el modelo de contabilidad regulatoria presentado por el ICE en el mes de octubre del 2011 mediante una resolución oficial para la fijación de tarifas y corresponder además a datos financieros del año 2010, no pueden ser tenidos como elementos de referencia para determinar la existencia de una práctica anticompetitiva, bajo la modalidad de precios predatorios o estrechamiento de márgenes.

Al respecto, y confirmando lo establecido por el Órgano Director en el Hecho Cuarto de su resolución de las 8:00 horas del 9 de mayo del 2012, la tarifa de interconexión vigente para la terminación de llamadas en la red fija es de 63 colones y la tarifa vigente para la terminación de llamadas en la red móvil es de 17,95 colones, ambos montos son los aprobados por la SUTEL en su resolución RCS-496-2010, ratificada por resolución RCS-529-2010.

Señala el ICE que en cuanto a la tarifa de terminación de mensajes de texto (SMS) nacionales e internacionales, no existe fijación por parte de la SUTEL ni en la RCS-496-2010 ni en la RCS-529-2010. No obstante, en el Resultado XI de esta última resolución, el Consejo de la SUTEL refiere cómo en las Resoluciones RCS-324-2010 y RCS-325-2010 al dictar órdenes de interconexión, que establecieron cargos provisionales de interconexión para telefonía fija, telefonía móvil y mensajería corta, estableció para este último servicio el valor de 0.75. En ausencia de tarifa oficial, -a decir del ICE- este valor fue incorporado a los contratos de interconexión suscritos por el ICE con los operadores móviles.

Por otra parte, en relación con lo descrito en el numeral 2.2 del oficio 3911-SUTEL- DGM-2013 del 8 de agosto del 2013 de referencia, sobre la Información sobre costos empleando un modelado LRAIC (costos incrementales promedio de largo plazo) de los servicios de Terminación de llamadas en la red móvil, Llamadas minoristas móviles on-net y Llamadas minoristas móviles off-net(naciones), se insiste que el monto de 17,95 colones/minutos correspondiente al costo de interconexión de terminación definido de oficio por la SUTEL en resolución número RCS-496-2010 del 12 de octubre del 2010, es el costo mínimo oficial y de referencia que tuvo el ICE para el diseño de las promociones investigadas.

En ese sentido, el ICE indica que resultaría improcedente para efectos de ser tomado como costo relevante en el presente proceso, la estimación de un costo minorista móvil on-net que hace la SUTEL en el punto 2.2 del oficio de cita, basado en un modelo de costos de la Red Móvil que

supuestamente fue sometido a audiencia pública en el procedimiento contenido en el Expediente SUTEL ET-002-2012, por cuanto, la tramitación del expediente de referencia se hizo para fijar una tarifa de usuario final de acceso a internet móvil por KB, lo que significa que el análisis allí presentado dista mucho de ser un modelo de costos o de contabilidad regulatoria para una red móvil. Mucho menos pretender que lo sometido a audiencia bajo el expediente ET-002- 2012 es un modelo de costos LRAIC.

Finalmente, indica el ICE que debe tenerse en cuenta lo indicado por el mismo Consejo de la SUTEL al fijar la tarifa para el servicio de telefonía fija el pasado 18 de setiembre del 2013 y mediante resolución RCS-268-2013, respecto a la improcedencia de variar cargos de interconexión a través de fijaciones tarifarias minoristas, lo que quiere decir entonces, que la metodología sometida a audiencia bajo el expediente número ET-002-2012 no puede tener el efecto de variar lo aprobado mediante resolución RCS-496-2010 de las 14:30 horas del 12 de octubre del 2010, y en la cual se fijó el costo de terminación por minuto en la red móvil en 17.95 colones.

Por lo tanto, a criterio del ICE por ser lo sometido a audiencia en el expediente número ET-002-2012 una metodología de análisis y no un modelo de costos LRAIC, aplicada además, en el mes de octubre del 2012 y para el fin específico de fijar una tarifa a nivel minorista, no resulta procedente tomarla como base para calcular costos que sean relevantes para los fines del presente procedimiento.

Por su parte, tal y como se refirió en el punto anterior, el ICE aportó la debida documentación en el presente expediente mediante la cual –en su decir- se demuestra que los precios efectivos de las promociones investigadas estuvieron siempre por encima de las tarifas de interconexión vigentes. (Ver Notas 264-100-2012 del 24-02-2012 y 264- 638-2012 del 11-12-2012 que constan a folios 141 y 541 del expediente, respectivamente).

En ese sentido, a criterio del denunciado, lo único que se ha logrado demostrar, de manera técnica y veraz en el presente procedimiento, es que el ICE en la práctica no ha vendido por debajo de las tarifas de interconexión, estando los precios efectivos pagados por los suscriptores de las promociones por encima de las tarifas de interconexión vigentes aprobadas por el Regulador.

Según el ICE queda demostrado en el Apartado sobre la Regulación Tarifaria en Costa Rica (en su escrito), de acuerdo con las competencias otorgadas por ley a la SUTEL, y la forma en que el Regulador las ha ejercido en la práctica, las tarifas máximas al usuario final del mercado móvil en Costa Rica y de aplicación obligatoria por parte de todos los operadores, son impuestas vía resolución tarifaria por parte de dicha entidad, por lo que no pueden ser fijadas libremente por los operadores.

De acuerdo al ICE la afirmación realizada por el Órgano Director en cuanto que las tarifas de interconexión vigentes son los establecidos la resolución RCS-496-2010 de referencia, confirma su tesis de que los tarifas que puede cobrar el ICE a sus interconectantes no están disponibles a la libre determinación del ICE, ni tampoco libradas a la negociación con sus interconectantes, sino que las mismas deben ser impuestas por la SUTEL vía resolución.

En aplicación del principio de la sana crítica racional, no se podría utilizar como parámetro para determinar la posible existencia de una práctica anticompetitiva, un supuesto costo que además de no haber sido reconocido oficialmente en una resolución del Regulador, está por encima de la tarifa máxima que cualquier operador puede cobrar a los usuarios finales. En caso de hacerlo, se quebrantaría de manera flagrante el principio de racionalidad, provocando la nulidad de la resolución.

Alega el ICE que si para efectos de una condenatoria por las supuestas prácticas anticompetitivas denunciadas por Telefónica, se partiera de estos supuestos costos por minuto on-net o por mensaje on-net se estaría reconociendo que durante todo este tiempo el propio Regulador ha obligado al ICE a cobrar tarifas de interconexión por debajo de sus costos, con el consiguiente perjuicio para la Hacienda Pública en razón de que por la naturaleza pública del ICE los fondos que administra

constituyen fondos públicos.

En razón de lo anterior, concluye el ICE que ante la obligación legal del Órgano Director de actuar sobre la base de la verdad real de los hechos, solicita que se tenga como hecho probado que los precios de interconexión vigentes son los establecidos por la SUTEL en su resolución N° 496-2010 de las 14:30 horas del 12 de octubre del 2010, ratificada por la resolución N° 529-2010 de las 12:30 horas del 8 de diciembre del 2010, y que únicamente con base en dichos precios se puede entrar a valorar si la conducta realizada por el ICE efectivamente se constituyó en precios predatorios. Lo contrario quebrantaría los principios de lógica y racionalidad que deben regir el dictado de los actos y resoluciones administrativas, pudiendo provocar la nulidad de lo resuelto.

6.2.3.4. Inexistencia de actos deliberados que procuraran obstáculos o salida de operadores, el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso

El ICE indica que al momento de inicio de operaciones de las empresas Telefónica y Claro, el mercado de servicios móviles en nuestro país, se encontraba prácticamente saturado por los servicios que prestaba el ICE, no obstante, tal circunstancia no debía impedirle implementar las estrategias comerciales que fueran necesarias para enfrentar la inminente competencia en el mercado por parte de dos empresas consolidadas a nivel internacional.

Y en ese sentido, a criterio del ICE la posición de dominio que ostenta en los mercados relevantes del servicio móvil y mensajes de texto SMS en esos momentos no puede ser interpretada como determinante a la hora de evaluar supuestas prácticas que atenten contra la competencia y así lo ha determinado la jurisprudencia a nivel internacional.

El ICE manifiesta que con la realización de promociones durante los meses de noviembre y diciembre del 2011 y principios del 2012, hizo efectivo su derecho a competir, que en su opinión resulta plenamente válido a la luz de lo que la jurisprudencia a nivel internacional ha reconocido, no obstante sea evidente o declarada su posición dominante-, respondiendo a una circunstancia trascendental para la Institución y para el país mismo (rompimiento de un monopolio de casi 50 años por la entrada de dos de las empresas de telecomunicaciones con más presencia comercial en los países de Latinoamérica). De ahí que el ICE considera relevante el hecho de que por primera vez enfrenta competencia de empresas privadas manteniendo su condición de institución pública con las desventajas a nivel de gestión que ello implica.

Dicha entrada venía siendo anunciada por ambas empresas desde meses antes del mes de noviembre del 2011, incluso, según el ICE demuestra con prueba documental aportada con número NI 10058-13, la empresa denunciante inició una promoción de prescripción con precios por minuto de por vida con el fin de ir captando clientes de previo al inicio de la venta de servicios. Se añade que para el 8 de noviembre del 2011, es decir, tres días de iniciar la venta de servicios, la empresa denunciante había captado 150 mil clientes.

Con lo anterior –en opinión del ICE- queda demostrado que la realización de las promociones por parte del ICE en el mes de diciembre de 2011 fue una estrategia totalmente justificada que respondió a la entrada de grandes empresas con presencia internacional, entre ellas la empresa denunciante que hizo evidente una alta agresividad comercial al implementar una estrategia de prescripción de clientes a quienes les ofreció precios de por vida.

Continúa indicando el ICE que lo anterior invalida uno de los supuestos de los análisis realizados por los testigos de la empresa denunciante, don Diego Petrecolla y don Arturo Briceño, quienes afirman, en el caso de don Diego en la página 10 de su informe, y en el caso de don Arturo Briceño, en la página 25 de su informe, que el ICE fue el que comenzó con la estrategia de promociones agresivas a días de la apertura del mercado y que no respondió a estrategias promocionales de sus

competidores.

Añade el ICE que la jurisprudencia europea considera legítimos los descuentos y otras estrategias de precios por parte de los operadores dominantes, los cuales considera, son parte del desarrollo normal de un mercado y una herramienta competitiva fundamental, siempre y cuando no exista un abuso en su aplicación.

El ICE reitera que se limitó a ejercer su derecho a defenderse en el terreno comercial por la entrada en el mes de noviembre del 2011 de dos nuevas y grandes empresas consolidadas a nivel internacional, por lo que resulta incluso absurdo siquiera presumir que las promociones por él realizadas iban a impedir la entrada de tales transnacionales, las cuales no solo lograron entrar fácilmente al mercado costarricense sino que a partir de ese momento han tenido un crecimiento progresivo en el mercado, crecimiento que es el razonable a dos años de haber ingresado al mercado costarricense según proyecciones realizadas con anterioridad, una de ellas, la elaborada por la Rectoría de Telecomunicaciones (RETEL) con base en las proyecciones de la empresa Pyramid Research del mes de junio del año 2009, y cuya presentación y sitio web donde se encuentra disponible el documento, se aportaron como prueba documental 44.

A criterio del denunciado esto demuestra los efectos pro competitivos en los términos indicados en el artículo 19 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones. Con lo cual además, no se está en presencia de ninguno de los indicios establecidos en el artículo 16, en concordancia con el numeral 7, ambos del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, por ende al no haberse comprobado dichas circunstancias no es posible llevar por vía de inferencia y lógica al conocimiento de otro hecho, como lo sería un precio predatorio.

En ese sentido indica que el ICE que desde el inicio de sus operaciones comerciales, tanto Movistar como Claro han realizado gran cantidad de promociones similares a las realizadas por el ICE, para cuya demostración se aportó como prueba documental número 35, las fotocopias debidamente certificadas de las publicaciones en medios de comunicación masiva que tanto Telefónica a través de su marca comercial Movistar, Claro, Tuyo Móvil y Full Móvil, han realizado durante los años 2011, 2012 y 2013.

El ICE señala que de la prueba aportada, las cuatro empresas operadoras y proveedoras de servicios móviles prepago en el país han realizado promociones en el mercado de manera continua, algunas desde antes, y todas, durante y posteriormente a las promociones realizadas por él, con lo cual se demuestra que en ningún momento sus promociones han impedido o menoscabado la capacidad comercial de dichas empresas de mantenerse en el mercado captando clientes a través de la realización de promociones.

Por su parte, el ICE reitera que la defensa de los intereses comerciales por parte de un operador dominante ha sido un supuesto plenamente aceptado y válido, incluso si tal estrategia resulta la más exitosa en el mercado, éxito que por pertenecer a la empresa dominante no debe ser asumido "*a priori*" como consecuencia de alguna práctica abusiva, sino que debe poder entenderse debida a méritos de eficiencia.

Afirma el ICE que en su caso, diversos estudios de mercado realizados a nivel interno, confirman que los costarricenses tienen gran arraigo a la marca kólbi, por motivos nacionales, cobertura y calidad de servicio. Estudios contratados por el ICE a la empresa IPSOS de Costa Rica durante los meses de octubre, noviembre y diciembre del 2011, -periodo relevante en el que como se indicó el ICE debía enfrentar competencia por primera vez en casi 50 años-, dieron como resultado una gran disposición de los clientes de mantenerse en el ICE una vez entraran las nuevas empresas al mercado.

Agrega el ICE que las razones de fidelidad que los diversos estudios de mercado han determinado versan sobre aspectos que van más allá del precio del servicio, sino que tienen que ver más con

aspectos de calidad y cobertura, así como un sentimiento de apego y defensa de lo nacional. Esto se demostró en el estudio de imagen de marcas en los meses de agosto y setiembre 2012, aplicado también por la empresa IPSOS, aportado como prueba documental número 36, según el cual a casi un año de haber ingresado las dos nuevas empresas al mercado móvil, la marca ICE-kölbi se posicionó como líder.

De igual forma –añade el ICE- con base en la encuesta realizada por el Centro de Investigación y Estudios Políticos de la Universidad de Costa Rica entre el 17 de octubre y el 17 de noviembre del 2012 y que se dio a conocer en el Semanario Universidad del 5 de diciembre del 2012, más del 90% de los encuestados dijo tener el servicio celular del ICE, el que consideraron bueno en un alto porcentaje también. Parte del contenido de los resultados de la encuesta de cita fueron publicados en el Semanario Universidad en los siguientes términos: *“que está arraigada en la memoria colectiva y que su liderazgo no es solamente consecuencia de su accionar comercial para enfrentar la competencia, sino que trasciende los aspectos meramente comerciales como el precio y evidencia valores de tipo patriótico y nacionalista”*.

Es por esa razón que –en su criterio- tal y como lo confirmó la testigo Chávez Viquez en su declaración, el precio no es un elemento determinante a la hora de diseñar las promociones, sino que para el ICE, y tomando en cuenta los resultados de las encuestas realizadas, otros elementos como los ya mencionados, cobran mayor relevancia.

No obstante –indica el ICE- el liderazgo de la marca kölbi, es fundamental tomar en cuenta que el mercado móvil ha tenido un impacto muy positivo desde la apertura del mercado y la entrada de nuevos operadores. Lo anterior se demuestra con los resultados plasmados en el Capítulo 2.3 de su Informe *“Estadísticas del Sector Telecomunicaciones Informe 2010-2012 Costa Rica”*, en el cual se evidencia que los valores de todos los indicadores medidos del mercado móvil en Costa Rica han crecido desde el IV trimestre del 2010 y en forma más significativa desde el mes de noviembre del 2011.

Al respecto el ICE indica que se evidencia asimismo del Informe realizado por la SUTEL que los beneficios del crecimiento en el mercado móvil lo han recibido especialmente las empresas entrantes como Telefónica, al indicarse en la página 28 que, mientras en el 2011 tan solo el 10% de los suscriptores móviles activos estaban con operadores distintos al ICE, al cierre del 2012 este porcentaje ascendió al 21%.

Añade el ICE que la jurisprudencia nacional en Derecho de Competencia (Ver Voto 05-2013 de la Comisión para Promover la Competencia del 26 de febrero de 2013, aportado como prueba documental número 34) señala la participación de mercado como uno de los elementos más significativos para evaluar un eventual impacto en el mercado por la realización de prácticas comerciales por parte de los distintos agentes del mismo. Con todo lo anterior a criterio del ICE, se demuestra que no ha existido afectación alguna a las empresas competidoras del ICE ni al mercado en su generalidad, sino muy por el contrario, desde su entrada al mercado, las empresas Telefónica y Claro han crecido tanto en cantidad de clientes como en cuota de mercado, siendo que más bien ha sido el ICE el que ha perdido parte de su cuota a favor de dichos operadores.

6.2.4. Sobre la teoría del caso de Telefónica

El ICE indica que ponen en evidencia como la representación de Telefónica partiendo de supuestos falsos y sobre la base de teorías absurdas, pretende hacer creer sobre la existencia de supuestas conductas anticompetitivas, y responsabilizar al ICE como operador incumbente y a la SUTEL, de no haber podido alcanzar un 33% de cuota de mercado en sus primeros 3 meses de presencia comercial en Costa Rica.

Para esos efectos indica el ICE, TELEFÓNICA contrató tres consultores para que desarrollaran

un entorno académico acorde con su teoría del caso, tratando de hacer creer a la SUTEL que la única interpretación posible de la realidad del caso concreto, es la culpabilidad del ICE como operador incumbente por el sólo hecho de realizar promociones, aunque para ello deban sacrificar el principio fundamental de proporcionalidad y racionalidad, ampliamente desarrollado por la Sala Constitucional de este país.

Al respecto indica el ICE que el testimonio de Pamela Sittenfeld fue revelador con respecto a la forma orquestada en que los consultores integraron sus informes atendiendo el interés de Telefónica, cuando indicó que su informe pericial se monta sobre las teorías desarrolladas por Diego Petrecolla y Arturo Briceño en sus respectivos informes, para tratar de aplicarlos a la legislación costarricense.

6.2.4.1. *Sobre el entorno de competencia en telecomunicaciones*

El ICE indica que en su alocución inicial durante la comparecencia, la representación de Telefónica se refirió a las millonarias inversiones realizadas por dicha empresa en la concesión de espectro radioeléctrico y desarrollo de su red móvil. Por lo cuantioso de sus inversiones y por su condición de gigante internacional de las telecomunicaciones, con presencia en todo el continente americano, resulta lógico pensar que de previo a realizar dichas inversiones, dicha empresa debe haber realizado estudios exhaustivos sobre el entorno competitivo de telecomunicaciones en Costa Rica, por lo que los resultados comerciales obtenidos, no deberían sorprenderle en la forma que pretende hacernos creer.

6.2.4.1.1. Barreras naturales

El ICE manifiesta que los tres testigos expertos ofrecidos por Telefónica indicaron la existencia de barreras naturales en el mercado de telecomunicaciones de todos los países, relacionadas precisamente con el costo para obtener las licencias de operación, las concesiones de frecuencias de espectro, las inversiones para desarrollo de la red, y las licencias para emplazamiento de infraestructura, todas las cuales son ajenas al operador incumbente, y la forma en que las mismas deben ser afrontadas, constituyen parte esencial de la estrategia empresarial de los entrantes, y sin lugar a dudas, encabezan la lista en el análisis de riesgos deben analizar para decidir si incursionan o no en un mercado determinado.

6.2.4.1.2. Barreras de conducta

En ICE continúa indicando que la representación de Telefónica aludió a supuestas barreras establecidas por el ICE en su condición de operador incumbente, como plataforma de lanzamiento para su acusación de haber incurrido en supuestas prácticas anticompetitivas.

Para el denunciado cualquier conocedor de la legislación de telecomunicaciones de Costa Rica, y sobre todo a la luz de un análisis comparativo con la legislación vigente en los demás países donde opera la empresa denunciante, sabe que la legislación de Costa Rica por su aprobación tardía, fue blindada contra cualquier clase de barrera de entrada impuesta por el operador incumbente en otros países cuyos procesos de apertura antecedieron al nuestro. Pero además del blindaje legislativo contra las barreras de entrada por parte del incumbente, la actuación del ICE en este campo se ha regido siempre por el cumplimiento regulatorio, y la mejor demostración al respecto, es que en el tema de acceso e interconexión que ocasionó cruentos enfrentamientos en otros países, donde se requirió incluso la intervención judicial para obligar al incumbente a abrir sus redes, las negociaciones llevadas a cabo entre Telefónica y el ICE transcurrieron con la mayor normalidad, lo mismo que ocurre con su ejecución durante ya casi dos años, al punto de que no consta en la SUTEL ninguna denuncia de parte de Telefónica contra el ICE a este respecto.

A partir de lo anterior -a criterio del ICE- se revela cómo los argumentos esgrimidos por los testigos aportados por Telefónica no tienen asidero en la realidad, pues los mismos corresponden a conjeturas construidas a partir de escenarios teóricos y académicos, no en un análisis tanto transversal como longitudinal del entorno. A partir de lo anterior –indica el ICE-, se desvirtúa la validez de los argumentos, pues los mismos no son referentes a situaciones efectivamente observadas, sino a escenarios imaginarios, plagados de elementos discordantes, retórica teórica y aplicación académica de indicadores desligados entre sí, que fallan en probar el supuesto comportamiento.

6.2.4.2. *Sobre la estrategia competitiva de Telefónica*

El ICE indica que en cuanto a experiencia competitiva en los mercados de telecomunicaciones en el continente americano y en el mundo, tenemos que reconocer que Telefónica ostenta una vigorosa posición de dominio, en comparación con el ICE que recién rompe el cascarón del monopolio durante el cual se desarrolló durante casi medio siglo, para dar sus primeros pasos en el entorno de competencia. Dada esta innegable realidad, para el ICE resulta de mal gusto el desmedido esmero de los consultores de Telefónica en querer hacer creer a esta autoridad, que en el caso actual estamos en presencia de un operador incumbente (el ICE) todopoderoso y despiadado, que abusa de un desvalido operador entrante (Telefónica), al que puede mover a su antojo, al punto de impedirle su entrada al mercado. Lo cual a su criterio está alejado de la realidad, y el solo transcurso del tiempo se ha encargado de demostrar la absoluta falsedad de esas insinuaciones.

El denunciado indica que la experiencia de los procesos de apertura en otros países demuestra que algunos operadores se enfocan esencialmente en su estrategia comercial, y dedican sus mejores energías a captar clientes sobre la base de su oferta de servicios. Otros además de lo anterior, de manera reiterada han recurrido a procurar ventajas competitivas injustificadas a partir de la imposición de procesos litigiosos en sede administrativa y judicial, procurando entorpecer la gestión de sus competidores. Tal que a su criterio la actuación de Telefónica en Costa Rica de acuerdo con los antecedentes que parece inscribirse en esta segunda categoría.

6.2.4.3. *Sobre lo dicho por los testigos de Telefónica*

6.2.4.3.1. Diego Petrecolla

El ICE manifiesta que el economista Diego Petrecolla indicó que el incumbente tiene poder de influir en el precio mayorista y minorista, pudiendo ofrecer precios bajos durante un período de promociones, para luego subirlos y recuperar las pérdidas que tuvo durante la prestación de servicios por debajo del costo. Siendo que al respecto es necesario indicar que esta hipótesis, posible en otros mercados, no puede darse en el mercado de telecomunicaciones de Costa Rica, porque ni el ICE ni ningún otro operador puede subir los precios a su conveniencia, por ser los mismos fijados por la SUTEL, de manera que vender por debajo de los costos sería un despropósito para cualquier operador, pues nunca podría recuperar las pérdidas.

De ahí que a criterio del ICE resultan absolutamente falsas las afirmaciones que realiza el Dr. Petrecolla en las páginas 27 y 51 de su informe respecto a que el ICE tiene posibilidad de fijar precios en forma unilateral.

Por otra parte, el análisis presentado deja también por fuera un elemento que el mismo testigo reconoce y que es el de las economías de escala. En el análisis desarrollado por Petrecolla, emplea un dato que no refleja los costos y que ha sido calculado como una tarifa por el Regulador para un servicio distinto. Evidentemente el Dr. Petrecolla desconoce que de acuerdo con la Resolución RCS-496-2010 del Consejo de la SUTEL de 14:30 horas del 12 de octubre del 2010, que aprobó la Oferta de Interconexión vigente para el ICE, lo aprobado fue un cargo de terminación en la red móvil de 17.95 colones, a la vez que deja de manifiesto su desconocimiento de la existencia de una tarifa

máxima al usuario final para el minuto de telefonía móvil.

Indica el ICE que de acuerdo con las premisas y la lógica de cálculo con la que el Dr. Petrecolla elabora su informe pericial, el cual sirve de base para que Pamela Sittenfeld elabore su análisis y conclusiones, se tiene como resultado que aún con la prestación de los servicios al máximo de la tarifa al usuario final autorizada por la SUTEL, cualquier operador estaría por debajo de los costos y por ello implicaría una prestación a precio predatorio.

Además, el análisis que hace el testigo durante la comparecencia difiere completamente de la tesis con la cual Telefónica fundamentó su denuncia, en la cual aseguró que los costos del ICE correspondían a los 17,95 de la OIR. El multiplicar esta tarifa por 2 no la hace correcta ni implica que corresponda efectivamente a los costos de prestación del servicio del ICE. Continúa manifestando que este análisis sobre el que la empresa Telefónica pretende demostrar la existencia de una supuesta conducta de precios predatorios por parte del ICE, evidentemente quebranta los principios de coherencia, racionalidad y de la sana crítica que rigen la valoración de las pruebas en los procedimientos administrativos, debiendo ser descartado.

Señala el ICE que otro argumento relevante desarrollado por el Dr. Petrecolla es lo que denomina asimetría de información, el cual a su criterio no le resulta aplicable al procedimiento aquí analizado.

6.2.4.3.2. Arturo Briceño

El ICE manifiesta que el experto indica que se debe valorar el efecto neto de las promociones en los consumidores, pues generalmente se produce una reducción en el corto plazo (promoción), seguida de un incremento a largo plazo, etapa en la que el operador con poder de dominio entra a recuperar con creces las pérdidas que tuvo durante la vigencia de las promociones. En este punto es necesario reiterar que ese supuesto no puede darse en nuestro medio, toda vez que el ICE no puede cobrar precios por encima de las tarifas máximas al usuario final autorizadas por la SUTEL. Siendo que a criterio del ICE ellos o cualquier otro operador que vendan por debajo de sus costos, no tienen posibilidad alguna de recuperar esas pérdidas, aun cuando todos los demás operadores salieran del mercado.

El experto reconoció la posibilidad de que promociones con precios por debajo del costo puedan ser aceptadas, considerando la temporalidad de las mismas.

Al respecto, indica el ICE que don Arturo Briceño utiliza como base de cálculo los precios on-net que él estima en 36.91 para voz y de 02.21 para SMS. Partiendo de ese valor de comparación, afirma que el precio de las promociones del ICE estuvo por debajo de ese costo. Mostrando el más absoluto desconocimiento de la realidad costarricense, don Arturo manifiesta que existen subsidios cruzados en las prácticas del ICE, al recargar en la telefonía fija que está aún en monopolio, para falsear los costos de la telefonía móvil y que el ICE recibe respaldo del gobierno cuando tiene problemas financieros.

Sobre la base de lo que denomina el método de Cournot, realiza un cálculo del supuesto daño económico recibido por la empresa Telefónica, el cual estima en 6.5 millones de dólares, teniendo como base las utilidades que hubiera tenido y las utilidades perdidas, bajo los supuestos de un promedio de \$5.9 de ingresos por consumo mensual por usuario, una utilidad de ingresos del 15%, tomando como fundamento el número de usuarios durante el periodo de investigación y el número de usuarios que hubiera logrado.

El ICE indica que la premisa fundamental es que todos los operadores, en este caso tres, estuvieran en la misma condición de eficiencia y el mercado hubiera estado repartido en un 33% para cada operador. Según el experto, las prácticas del ICE no permitieron a Telefónica llegar a ese 33% de la cuota de mercado en tres meses y que transcurridos dos años y todavía no se ha llegado a esa

distribución de cuotas de mercado.

Sobre la utilización de este Modelo de Cournot al que refiere el testigo de Telefónica, el ICE manifiesta que los modelos económicos se sustentan sobre una serie de supuestos que muchas veces no los hace aplicables en la vida real. Un modelo como el de competencia de Cournot es una herramienta teórica utilizada usualmente como "laboratorio" o maqueta para estudiar un comportamiento específico sin el ruido del mercado. Siendo que para el caso del Modelo de Competencia de Cournot, se dan una serie de supuestos y condiciones que claramente contravienen las condiciones propias de la realidad del mercado de las telecomunicaciones.

Con lo cual a criterio del ICE el análisis que hace el testigo de Telefónica no tiene sustento en la realidad, ya que por una parte ignora la presencia en el mercado de otras empresas operadoras, y una aplicación estricta del modelo Cournot implicaría repartir de manera homogénea la participación en el mercado de las mismas. La presunción de acaparar un tercio del mercado en tres meses es irreal, y en este caso demostraría desconocimiento de las condiciones del mercado al momento de ingresar.

A partir de lo anterior el denunciado concluye que los análisis que realiza don Arturo Briceño durante la comparecencia, para demostrar la existencia de una supuesta conducta de precios predatorios por parte del ICE, lo mismo que al pretender justificar el supuesto daño sufrido por Telefónica, evidentemente quebrantan los principios de racionalidad y de la sana crítica que rigen la valoración de las pruebas en los procedimientos administrativos, debiendo ser descartados.

6.2.4.3.3. Pamela Sittenfeld

El ICE manifiesta que la señora Pamela Sittenfeld fue enfática durante la comparecencia en afirmar que su informe se basa sobre los estudios de los otros dos expertos consultores de Telefónica, el Dr. Diego Petrecolla y Don Arturo Briceño. En tal sentido, los razonamientos y conclusiones de doña Pamela, en tanto se fundamentan en razonamientos, cálculos y apreciaciones realizadas por dichos expertos contraviniendo reglas unívocas de la ciencia y principios elementales de la lógica, quebrantarían los principios de racionalidad y de la sana crítica que rigen la valoración de las pruebas en los procedimientos administrativos, resultando su admisión contraria a los artículos 11 y 16 de la Ley General de la Administración Pública, debiendo en consecuencia ser descartados.

Indica el ICE que la señora Sittenfeld señaló que el estrechamiento o pinzamiento de márgenes ocurre cuando el precio que se cobra al usuario final es menor que el costo de interconexión. Con base en esa definición, el ICE concluye que nunca incurrió en esa conducta, por cuanto los precios efectivos de las promociones investigadas siempre estuvieron por encima del costo de interconexión aprobado por la SUTEL mediante resolución RCS-496-2010 que aprobó la OIR del ICE, y el valor de 35.90 colones que propuso el Dr. Petrecolla como parámetro de comparación, no es de recibo por irracional al ser superior incluso que la tarifa máxima autorizada por SUTEL al usuario final. Agrega el ICE que como ha demostrado, el precio de los servicios mayoristas por él prestados a la denunciante, son fijados por la SUTEL, sin que puedan ser modificados por el ICE.

6.2.4.4. Sobre los cambios en la argumentación de Telefónica

El ICE indica que Telefónica al formular su denuncia, desconociendo la realidad estadística sobre la que se diseñan las promociones, sobre el supuesto falso de que todos los suscriptores disfrutaran la totalidad de los beneficios que las mismas contemplan, denunció que los precios de las promociones del ICE estaban por debajo del costo de interconexión.

Como consta en autos, -indica el ICE- las cuatro promociones investigadas arrojaron precios efectivos por encima del precio de interconexión de 17.95 colones, con lo cual la denunciante no podía demostrar la existencia de prestación de servicio por debajo de los costos. A criterio del ICE en la comparecencia, la representación de Telefónica cambia su línea de argumentación, y sobre la

teoría elaborada por el Dr. Diego Petrecolla, que utiliza como elemento de comparación el valor de 35.9 colones, dejando de lado que la tarifa máxima fijada por SUTEL al usuario final es de 33 colones sin impuesto de ventas, por lo que la prestación del servicio a la tarifa máxima autorizada, estaría por debajo del costo y constituiría precio predatorio, lo cual resulta irracional y debe ser rechazado conforme a las reglas de la sana crítica.

El ICE señala que como puede verse en ninguno de los dos casos la denunciante logró demostrar su tesis de supuesta prestación de servicios por parte del ICE a precios en condiciones predatorias. De manera concurrente, queda sin efecto su argumentación en lo que respecta al pinzamiento de márgenes.

6.2.5. Conclusiones

Finalmente, el ICE indica que según ha quedado acreditado a lo largo de este procedimiento administrativo, no se ha logrado comprobar ninguno de los cargos intimados por medio de la resolución de las 8 horas del 9 de mayo del 2012, y su ampliación mediante resolución de las 10:40 horas del 14 de diciembre del 2012.

En ese sentido a criterio del ICE quedó demostrado que no ha prestado servicios a precios o en condiciones predatorias en los términos estipulados en el inciso i) del artículo 54 de la Ley General de Telecomunicaciones, por cuanto:

1. A su criterio no ha cometido ninguna conducta de precios predatorios en los términos que tanto la doctrina como la legislación la definen, ya que no tiene ni la capacidad material ni jurídica de manipulación de precios que le permita incurrir en pérdidas en el corto plazo que puedan ser recuperadas mediante una elevación de precios a voluntad en el largo plazo. Al respecto, en Costa Rica ningún operador, independientemente de su cuota de mercado o poder de dominio, puede fijar a su voluntad los precios de los servicios de telecomunicaciones móviles para los usuarios finales, ni tampoco los precios mayoristas, pues a la fecha, dicha competencia es exclusiva de la SUTEL, al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la LGT y en la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-615-2009.
2. A su criterio no se demostró el supuesto de hecho previsto en el inciso a) del artículo 16 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones y que es indicio para tener como cometida una conducta predatoria, pues el ICE no prestó servicios de telecomunicaciones a precios o en condiciones predatorias durante la realización de las cuatro promociones que han sido objeto de investigación en el presente proceso, en los periodos comprendidos entre el 29 de noviembre del 2011 al 3 de febrero del 2012, -según imputación de la Resolución del Órgano Director de las 8:00 horas del 9 de mayo del 2012-, y del 1 de octubre de 2012 al 15 de noviembre del 2012, -según imputación de la Resolución del Órgano Director de las 10:40 horas del 14 de diciembre del 2012. Señala que tal y como demostró con la prueba documental y testimonial pertinente los precios de dichas promociones siempre estuvieron por encima del cargo de terminación por minuto en la red móvil o tarifa de interconexión de 17.95 colones, el cual es el precio oficial y vigente a la fecha según la resolución del Consejo de la SUTEL RCS-496-2010 de las 14:30 horas del 12 de octubre del 2010, y único que puede ser tomado como costo mínimo en el análisis de prestación de servicios en condiciones predatorias según lo confirmara la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM). En consecuencia se ha demostrado también, que el ICE no ha ejecutado ningún acto deliberado que procure obstáculos o salida de operadores móviles celulares en los términos estipulados en el inciso j) del artículo 54 de la Ley General de Telecomunicaciones, por cuanto:
 - a. Las cuatro empresas operadoras y proveedoras de servicios móviles prepago que compiten con el ICE, han realizado promociones en el mercado de manera continua,

incluso la empresa denunciante desde antes, y todas, durante y posteriormente a las promociones realizadas por el ICE en los periodos comprendidos entre el 29 de noviembre del 2011 al 3 de febrero del 2012 y el 1 de octubre al 15 de noviembre del 2012.

- b. La realización de promociones por parte del ICE durante los periodos comprendidos entre el 29 de noviembre del 2011 al 3 de febrero del 2012 y 1 de octubre al 15 de noviembre del 2012, de ninguna forma impidió la entrada ni causó la salida de las empresas de telefonía móvil celular en el mercado costarricense, muy por el contrario y en el caso específico de Telefónica, dicha empresa, durante los meses en los que el ICE realizó las promociones de cita, logró captar en el mercado 224.009 clientes y reportó un crecimiento del 268% entre diciembre del 2011 y diciembre del 2012.
- c. La realización de promociones por parte de las empresas operadoras y proveedoras de servicios móviles prepago en el país ha contribuido a elevar la cantidad de líneas activas en el país que pasaron de 2.890.378 millones en el IV trimestre del 2011 a 4.240.967 millones en el IV trimestre del 2012, representando un crecimiento del 47%, lo que contribuyó al crecimiento de la penetración del servicio móvil con respecto a la población total de un 90% en el año 2011 a un 116% al cierre del año 2012, todo lo cual se traduce en un evidente crecimiento del mercado móvil celular en el país, de sus ingresos, y por ende, del bienestar de todos los costarricenses.

Por lo tanto, concluye el ICE que al no haberse logrado demostrar con grado de probabilidad ni mucho menos de certeza que haya incurrido en ninguna de las causales establecidas en los incisos i) y j) del artículo 54 de la LGT, Ley 8642, resulta improcedente la imposición de sanción alguna en contra de ICE, siendo lo debido el desestimar la presente denuncia.

En virtud de lo anterior, el ICE solicita:

- i. Desestimar la infundada denuncia incoada por Telefónica contra el ICE por supuestas prácticas anticompetitivas.
- ii. Absolver al ICE de toda pena y responsabilidad.

7. ANÁLISIS DEL FONDO DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

Antes de entrar al análisis de fondo es necesario establecer la **habilitación competencial del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador**. El Consejo del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 65 de la Ley 8642. De acuerdo con este precepto, corresponde a Superintendencia de Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones tipificadas en el artículo 66 de la Ley 8642.

Para efectos de resolver el presente asunto, el informe rendido mediante oficio 8873-SUTEL-DGM-2014 por el Órgano Director de este procedimiento es acogido en su totalidad por este Órgano Decisor, especialmente para lo que a continuación se analiza.

7.1. Sobre el análisis de las prácticas monopolísticas relativas

En lo que respecta a la conducta investigada es necesario analizar lo que indica la legislación vigente en materia del Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones para determinar la existencia de una práctica monopolística relativa.

El artículo 54 de la Ley 8642 establece que *“se consideran prácticas monopolísticas relativas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones realizados por operadores de*

redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos, y cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas” (lo destacado es intencional).

Define en ese mismo sentido el citado artículo 54 de la Ley 8642 que en el análisis de las prácticas monopolísticas relativas estas “...estarán sujetas a la comprobación de los supuestos establecidos en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N.º 7472, Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor...”.

Los artículos anteriormente mencionados de la LPCDEC, Ley 7472, hacen referencia a que en el análisis de las prácticas monopolísticas se debe: determinar la existencia de poder sustancial de mercado; comprobar el hecho, es decir, comprobar que se incurrió en la práctica; y determinar que la práctica cometida tenga un objeto o efecto anticompetitivo.

En este sentido destaca el artículo 18 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, lo siguiente:

“Artículo 18.- Comprobación de una práctica monopolística.

De conformidad con lo previsto en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N° 7472, para que un operador o proveedor o un grupo de operadores o proveedores, incurran en una o más prácticas monopolísticas relativas, deben demostrarse concurrentemente, en el procedimiento seguido al efecto, las siguientes circunstancias:

- a) *Que el operador o proveedor tiene poder sustancial en el mercado relevante, o que un grupo de estos han adquirido ese poder sustancial en forma conjunta.*
- b) *Que la práctica tiene efectos anticompetitivos.”*

En razón de lo anterior se tiene que el primer paso de análisis de una práctica monopolística relativa se refiere a la tipificación de la conducta investigada, “*que sería la adecuación de las conductas al supuesto fáctico previsto en la Ley como conducta prohibida*”¹.

Una vez tipificada la conducta investigada, se debe proceder de conformidad con el citado artículo 18 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, en el sentido de que para determinar la ilegalidad de una determinada conducta, se deben demostrar tres elementos:

- En primer lugar se debe demostrar que el operador o proveedor tiene poder sustancial en el mercado relevante, o que un grupo de estos han adquirido ese poder sustancial en forma conjunta; entendiéndose por poder de mercado “*la capacidad de una o varias empresas para, en función de sus intereses, aumentar los precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia*”² (lo destacado es intencional). La demostración del poder de mercado es un elemento fundamental en el análisis de las prácticas monopolísticas relativas, porque aunque se determine la existencia de la conducta, si el operador o proveedor no tiene poder sustancial en el mercado, la conducta no es ilegal y por ende no es sancionable.

¹ COPROCOM. (2011). Voto 03-2011 de las 19:55 horas del 25 de marzo de 2011, correspondiente a la Resolución Final del Procedimiento Administrativo seguido en el Expediente D-12-04 contra Coca-Cola FEMSA Costa Rica S.A. y las empresas de su grupo de interés económico, por presuntas prácticas monopolísticas relativas

² Comisión Europea (2004). *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones de empresas*. Diario Oficial de la Unión Europea 2004/C 31/03.

- Segundo, se debe demostrar el efecto anticompetitivo de las prácticas, es decir debe demostrarse que los hechos investigados tengan o puedan tener el objeto o efecto de desplazar indebidamente a otros operadores o proveedores del mercado, impedir sustancialmente su acceso o establecer barreras de entrada o ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.
- Tercero, en el estudio de estas prácticas la SUTEL también debe analizar y pronunciarse sobre los elementos que aporten las partes para demostrar los efectos pro-competitivos o la mayor eficiencia en el mercado derivada de una determinada acción, la cual produciría algún beneficio significativo y no transitorio a los usuarios finales.

En relación con los elementos anteriores debe señalarse que de previo a definir los mismos se debe determinar cuál es el mercado relevante afectado por la práctica, porque es a partir de la definición de éste que se analizan los restantes aspectos relativos tanto a la existencia de poder de mercado como a los efectos de la práctica en sí misma.

7.2. Sobre la tipicidad de la conducta investigada

Mediante escrito sin número (NI-5094-2011) recibido en fecha 20 de diciembre de 2011 la empresa denunciante TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. denunció ante la SUTEL lo siguiente:

- Que el ICE había venido desarrollando prácticas monopolísticas relativas a través de la fijación de precios predatorios.
- Que como corolario de estas prácticas, desde el pasado 29 de noviembre, el ICE se encontraba comercializando los planes en prepago "*Chip Extremo*" y "*Chip SMS Extremo*" de los cuales se derivan precios on-net que se encuentran muy por debajo de los cargos de terminación en red móvil que el ICE cobra a los nuevos operadores para poder terminar llamadas de voz y mensajes de texto y que está calculado en función de los Costos Incrementales de Largo Plazo (CILP) por la prestación del servicio.
- Que lo anterior, constituye una práctica monopolística relativa por cuanto, el ICE aprovecha indebidamente el poder sustancial que ostenta en el mercado relevante, para ofrecer servicios al público a precios predatorios por debajo de estos cargos de interconexión (CILP).
- Que en la práctica lo anterior constituye una barrera de entrada para los nuevos operadores por cuanto el ICE mantiene una cuota de mercado de tal envergadura que aproxima su red móvil (on-net del ICE) con la red móvil de todo el mercado. De tal forma, para poder equiparar una oferta competitiva a estos precios predatorios del ICE y con esto poder competir en el mercado, el resto de operadores deben bajar sus precios por debajo de los cargos de interconexión en los que ineludiblemente deben incurrir para terminar comunicaciones en la red del ICE.
- Que el grupo económico conformado por el Instituto Costarricense de Electricidad y sus empresas conexas (Grupo ICE) fue designado por la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) como operador y proveedor importante en cada uno de los 18 mercados relevantes inherentes a telecomunicaciones, de acuerdo a la resolución RCS-307-2009 de Declaratoria de Mercados Relevantes del 24 de setiembre del 2009. Entre estos mercados se encuentra:
 - Mercado 5: Servicios de comunicaciones de voz con origen en una ubicación móvil y destino nacional: servicio de realización de comunicaciones de voz, desde un punto de origen en la red móvil, con destino a ubicaciones fijas o móviles.
 - Mercado 7: Servicios de comunicaciones de mensajería corta: servicio de

comunicaciones de mensajería corta tanto de texto como multimedia.

- Que ante la eminente entrada de nuevos competidores al mercado móvil, el ICE ha incrementado sistemáticamente sus promociones y ofertas comerciales. Así, desde el 8 de noviembre del 2011 (fecha del lanzamiento comercial de MOVISTAR), se contabilizan al menos 5 promociones de doble y triple saldo más el Plan Extremo aquí en cuenta.
- Que adicionalmente en lo que se incurre en este caso es en una práctica de estrechamiento de márgenes de una magnitud considerable: un precio en el mercado mayorista mayor en relación a un precio bajo, que con su capacidad de dominio del mercado tanto en cuota de mercado como en imposición de condiciones prevaletentes, el Operador dominante es capaz de fijar.

Adicionalmente, la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) en su opinión número OP-02-12 (NI-0423-2012) indicó lo siguiente:

“Por lo anteriormente expuesto se considera que existen indicios de que se podría estar llevando a cabo una conducta de precios o condiciones predatorias, o bien un estrechamiento de márgenes con la implicación de generar un obstáculo para la entrada de competidores. La determinación de la conducta que mejor se adecue a los supuestos hechos puede ser determinada en una investigación más amplia o bien en un procedimiento administrativo sancionador”.

Que adicionalmente en la resolución del Órgano Director del procedimiento de las 08:00 horas del 09 de mayo de 2012 e indicó lo siguiente:

*“De conformidad con los hechos antes expuestos, **en grado de probabilidad**, se le atribuye a la empresa INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD cédula jurídica número 4-000-042139, las siguientes conductas:*

Haber infringido las disposiciones contenidas en los artículos 7 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones y 54 de la Ley 8642 que determina lo que de seguido se indica con respecto a las prácticas monopolísticas relativas:

Artículo 7.- Prácticas monopolísticas relativas

Se considerarán prácticas monopolísticas relativas las establecidas en el artículo 54 de la Ley N° 8642. La Sutel podrá considerar, entre otros, los elementos descritos en los artículos siguientes para determinar la existencia de prácticas monopolísticas relativas.

Artículo 54.- Prácticas monopolísticas relativas

Se consideran prácticas monopolísticas relativas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones realizados por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos, y cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

(...)

i) la prestación de servicios a precios o en condiciones predatorias;

(...)

j) Todo acto deliberado que tenga como único fin procurar la salida de operadores o proveedores del mercado, o implique un obstáculo para su entrada..”

Que de lo anterior se desprende que en el actual procedimiento se pretende determinar si las promociones “Chip Extremo” y “Chip SMS Extremo” desarrolladas por el ICE podrían haber tenido

efectos anticompetitivos en las figuras de precios predatorios y/o estrechamiento de márgenes.

Una vez analizados los hechos denunciados y de conformidad con la prueba que corre en el expediente administrativo se determina que la conducta presuntamente cometida se refiere a una práctica de estrechamiento de márgenes.

Esta opinión es concordante con el criterio emitido por la COPROCOM en su Opinión 017-2014, artículo tercero de la sesión ordinaria N° 35-2014 de las 17:35 horas del 07 de octubre de 2014:

“En el Informe de avance elaborado por SUTEL se concluye que, “uno vez analizados los hechos denunciados y de conformidad con la prueba que corre en el expediente administrativo, la conducta presuntamente cometida se refiere a una práctica de estrechamiento de márgenes.” Conclusión con la que coincide este órgano, en vista de los hechos denunciados y las pruebas aportadas por las partes” (lo subrayado es intencional).

Respecto a la práctica de estrechamiento de márgenes conviene tener presente lo definido por la Comisión para Promover la Competencia en su Opinión OP-02-12 (folio 80), donde se indicó lo siguiente:

“La LGT no incluye específicamente como una práctica monopolística relativa la conducta de estrechamiento de márgenes, que en los últimos años ha sido analizada, investigada y sancionada en el sector de las telecomunicaciones. Sin embargo, incluye en el artículo que especifica las prácticas monopolísticas relativas un inciso que se refiere a los actos deliberados que tengan como único fin procurar la salida de operadores o proveedores del mercado a implique un obstáculo a su entrada, lo que en aplicación del artículo 17 del Reglamento al Régimen de Competencia antes citado, permitiría la inclusión de este tipo de conductas siempre que se pudiera determinar la intencionalidad de la afectación de la Competencia”.

Este criterio es coincidente con el de esta Superintendencia en cuanto a que la conducta de estrechamiento de márgenes puede tipificarse como una práctica monopolística relativa a la luz de lo definido en el artículo 54 inciso j) de la Ley 8642.

La Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE)³ ha definido la práctica de estrechamiento de márgenes como se detalla de seguido:

“Puede haber un estrechamiento de márgenes abusivo si la diferencia entre el precio minorista cargado por una empresa dominante y el precio mayorista que carga a sus competidores por servicios comparables es negativo o insuficiente para cubrir los costos específicos del producto del operador dominante para proveer su servicio minorista propio en el mercado descendente.

Asimismo añade la OCDE que la naturaleza abusiva del estrechamiento de márgenes está relacionada con el margen entre los precios ascendentes y descendentes. En otras palabras, no hay necesidad de demostrar que alguno de los precios, mayorista o minorista, sea abusivo en sí mismo.

Respecto a la práctica de estrechamiento de márgenes la Comisión Europea⁴ ha indicado que:

“Una empresa dominante puede aplicar al producto en el mercado ascendente un precio que,

³ Organization for Economic Co-Operation and Development. (2009). *Margin Squeeze*. DAF/COMP/WP2/WD(2009)32

⁴ Comisión Europea. (2009). *Comunicación de la Comisión- Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*. Diario Oficial de la Unión Europea (2009/C 45/02).

en comparación con el precio que aplica en el mercado descendente, no permite que ni siquiera un competidor con igual grado de eficiencia comercie de forma rentable en el mercado descendente de forma duradera (lo que se denomina compresión de márgenes). En casos de compresión de márgenes el parámetro que suele utilizar la Comisión para determinar los costes de un competidor con igual grado de eficiencia es el LRAIC de la división descendente de la empresa dominante integrada.

...

El efecto anticompetitivo asociado con el estrechamiento de márgenes se refiere al riesgo de expulsión de competidores igualmente eficientes cuyo acceso al mercado es eliminado o dañado, en presencia de estrechamiento de márgenes los competidores de la firma dominante no pueden operar rentablemente en el mercado descendente de una manera sostenible”.

Un punto adicional indicado en el citado documento de la OCDE respecto al tema del estrechamiento de márgenes tiene que ver con el hecho de que esta práctica suele desarrollarse en mercados en los cuales “no parece que existan sustitutos viables al insumo relevante, lo que podría habilitar a los competidores a competir efectivamente en el mercado descendente. El insumo de la compañía dominante es por tanto objetivamente necesario para competir en el mercado descendente, porque sin él existe el riesgo de que se elimine la competencia efectiva del mercado”.

En lo referente al análisis de este tipo de conducta se tiene que la naturaleza abusiva de una conducta de precios por parte de una compañía dominante debe ser determinada en principio sobre la base de su propia situación, y por lo tanto sobre la base de sus propios cargos y costos, más que sobre la base de la situación actual o potencial de sus competidores. Así, la OCDE ha indicado que “*un test de estrechamiento de márgenes implica analizar si la firma dominante verticalmente integrada dueña de las operaciones descendentes (minoristas) podría operar rentablemente sobre la base del precio ascendente (mayorista) cargado a sus competidores por su brazo de operaciones mayoristas*”.

Respecto al análisis del estrechamiento de márgenes la Comisión Europea⁵ ha indicado que:

Para mostrar que existe un estrechamiento de márgenes es suficiente que pueda existir una desproporción entre los dos cargos [mayorista y minorista] de tal forma que la competencia pueda ser restringida.

Si el precio minorista promedio está por debajo del nivel de los cargos mayoristas, puede ser concluido que se existe un estrechamiento de márgenes. Sólo es necesario considerar los costos específicos del producto del operador establecido para proveer sus propios servicios minoristas si los precios minoristas promedio están por encima del nivel de los cargos mayoristas. En este caso se da un estrechamiento de márgenes si los costos específicos del producto exceden el margen positivo entre los precios minoristas y los precios mayoristas.

Donde los servicios minoristas y mayoristas son comparables, el estrechamiento de márgenes ocurre si el margen entre los precios minoristas y mayoristas de DT [del operador] es negativo o al menos insuficiente para cubrir los propios costos descendentes. Esto significaría que DT [el operador] no hubiera estado en la posibilidad de ofrecer su propio servicio minorista sin incurrir en pérdidas.

Finalmente, vale recalcar que la OCDE ha indicado que “*existen diferencias sustantivas entre la conducta en la forma del estrechamiento de márgenes, por un lado y la de precios predatorios por otro. En los casos de precios predatorios, la compañía dominante primero incurre en pérdidas porque carga precios por debajo de costos. Después de que ha tenido la posibilidad de llevar a cabo un cierre de mercado, la compañía puede recuperar estas pérdidas en el largo plazo mediante la explotación de*

⁵ Comisión Europea. (2003). *Commission Decision of 21 May 2003 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-1/37.451, 35.578, 37.579-Deutsche Telekom AG)*. Official Journal of the European Union L 263 (2003/707/EC)

su poder de mercado. Por el contrario, el estrechamiento de márgenes no requiere tal trade-off o sacrificio ex-ante por parte de la compañía dominante quien podría no incurrir en pérdidas en una base de principio a fin, y el estrechamiento de márgenes podría incorporar un alto precio minorista tanto en el corto, como en el largo plazo. De hecho, al restringir la entrada y/o el crecimiento de los competidores en el mercado y finalmente reducir las presiones competitivas, el estrechamiento de márgenes permite a la firma dominante mantener un alto nivel de precios minoristas”.

En concordancia con todo lo anterior la Opinión 017-2014 de la COPROCOM indica lo siguiente sobre el estrechamiento de márgenes:

“La doctrina ha distinguido tradicionalmente los siguientes elementos esenciales desde una perspectiva económica para que pueda llevarse a cabo una práctica de estrechamiento de márgenes:

(i) existencia de dos mercados verticalmente relacionados, en los que el bien o servicio del mercado ascendente es esencial para operar en el mercado descendente;

(ii) el bien o servicio esencial debe estar controlado por una empresa verticalmente Integrada y, por tanto, presente en los dos mercados de manera que sea al mismo tiempo proveedor y competidor del resto de las empresas activas en el mercado descendente. Además, es necesario que la empresa verticalmente integrada tenga una posición de dominio en el mercado ascendente, pues sólo así estará en condiciones de reducir el margen de sus competidores que requiere el estrechamiento de márgenes; y

(iii) la existencia de un margen insuficiente en la prestación de servicios en el mercado descendente.

El sector de las telecomunicaciones podría ofrecer las características idóneas para que puedan llevarse a cabo prácticas de estrechamiento de márgenes, en el tanto la prestación de los servicios a los usuarios finales (telefonía, Internet, etc.) se lleve a cabo a través de una única red, en manos de un operador verticalmente integrado, normalmente, el antiguo monopolista; o bien, que por las condiciones del mercado, una importante mayoría de comunicaciones transiten particularmente por la red del operador histórico”.

7.3. Sobre el mercado relevante afectado

El primer elemento a definir en el análisis de la conducta denunciada es el mercado relevante afectado por la misma. Para valorar la definición del mercado relevante afectado por la práctica se debe considerar lo definido en el artículo 14 de la Ley 7472, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 14.- Mercado relevante.

Para determinar el mercado relevante, deben considerarse los siguientes criterios:

a) Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.

b) Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero; para ello se tendrán en cuenta los fletes, los seguros, los aranceles y las restricciones que no sean arancelarias, así como las limitaciones impuestas por los agentes económicos o sus organizaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros sitios.

c) *Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.*

d) *Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos.”*

Igualmente destaca el hecho de que el mercado definido debe establecerse tanto desde el punto de vista del producto, como de su dimensión geográfica, tal que permita identificar con claridad a aquellos competidores reales del mismo.

7.3.1. Mercado relevante de producto

Para definir el mercado relevante de producto puede considerarse lo definido para tales efectos por la Comisión Europea⁶, la cual ha indicado que *“El mercado relevante de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*.

Así para definir el mercado relevante afectado por la conducta denunciada, primero conviene tener presente lo manifestado por las partes del procedimiento, así la empresa denunciante indicó que el mercado relevante afectado por la práctica se referiría al *“Mercado 5: Servicios de comunicaciones de voz con origen en una ubicación móvil y destino nacional”* y al *“Mercado 7: Servicios de comunicaciones de mensajería corta”* definidos en la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-307-2009 de las 15:35 horas del 24 de setiembre de 2009. Por su parte la empresa denunciada no se refirió a cuál debía ser el mercado relevante analizado.

Igualmente debe tenerse presente que la conducta denunciada se relaciona con una promoción que aplica a la venta de tarjetas SIM para el servicio telefónico prepago, la cual le otorgaba al usuario beneficios a nivel de la realización de llamadas y SMS.

Por lo cual resulta pertinente determinar primero si el servicio telefónico prepago posee sustitutos, es decir, *“productos que los consumidores consideren intercambiables en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*, para lo cual el método más comúnmente usado es el Test SSNIP (Small but Significant Non-Transitory Increase in Price o incremento en el precio pequeño pero significativo y no transitorio), con la aplicación de dicho test se pretende determinar si un pequeño incremento en el precio de un producto (5% o 10%) que fuera no transitorio provocaría el que una parte de los consumidores de dicho producto dejaran de comprarlo o empezaran a comprar otro producto.

La idea detrás de ese Test permite conocer *prima facie* que además del servicio telefónico prepago, el mercado relevante además estaría conformado por el servicio post-pago. Esto se logra determinar a partir de los datos suministrados por el ICE en su nota 264-100-2012 (folios 141 al 151), en la cual se presentan datos de consumo desagregados para los servicios post-pago y prepago para el año 2011⁷, los cuales evidencian como, en virtud de que el minuto post-pago resultaba en promedio un 20% más caro para el usuario (esto por la existencia de la cuota de acceso) se produce una migración continua

⁶ Comisión Europea. (1997). *“Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)”*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 372 del 9.12.97.

⁷ Respecto a los datos anteriores el análisis se facilita al llevarse a cabo con datos de 2011, dada una serie de características de ese período, entre las que destacan las siguientes: durante la mayor parte del año 2011 aún no habían hecho su ingreso al mercado los nuevos operadores móviles, lo que implica que los datos de sustitución no se ven afectados por movimientos hacia otros operadores; durante la mayor parte de ese período el ICE tenía una política de promociones para la modalidad prepago incipiente, por lo cual los precios efectivos promedio no se ven afectados grandemente por la existencia de bonos promocionales, lo que permite trabajar con el precio nominal sin que esto signifique algún tipo de distorsión para el análisis; y finalmente durante ese período el ICE aún no contaba con planes diferenciados para el servicio post-pago, sino que ofrecía básicamente un único paquete, lo que a su vez también facilita el cálculo del precio real efectivo promedio pagado por los usuarios del servicio post-pago.

de usuarios del servicio post-pago al prepago, lo que evidencia que dichos servicios son vistos como servicios sustitutos por parte del usuario.

En virtud de lo anterior se determina que el servicio afectado por la supuesta práctica cometida se refiere al servicio de telefonía móvil incluyendo tanto las modalidades prepago como post-pago. La telefonía móvil es definida en el artículo 5 inciso 35) del Reglamento a la LGT, Decreto número 34765-MINAET, como “*aquel servicio de radiocomunicación prestado por estaciones fijas con estaciones móviles y portátiles*”.

En relación con los servicios particulares afectados por la conducta denunciada estos se refieren, como ya se vio antes, a los servicios de llamadas nacionales y SMS nacionales. Así, aunque todo proveedor que cuente con una red móvil desplegada puede ofrecer una serie de servicios a través de ella, este procedimiento se limita particularmente a cuatro de estos servicios, a saber:

1. Terminación de llamadas nacionales en la red móvil del ICE (servicio de interconexión).
2. Llamadas telefónicas con origen nacional móvil y destino nacional móvil (servicio minorista).
3. Terminación de SMS (Short Message Service) nacionales en la red móvil del ICE (servicio de interconexión).
4. SMS nacionales (servicio minorista).

A partir de lo anterior se concluye que los servicios enunciados de previo constituirían los mercados relevantes afectados por la práctica analizada dentro de este procedimiento.

En relación con el mercado relevante, la COPROCOM en su Opinión 017-2014 indicó lo siguiente:

“De acuerdo con el informe de avance del expediente bajo estudio, se determina que los mercados relevantes involucrados en la supuesta conducta investigada son:

1. *Terminación de llamadas y SMS en la red móvil del ICE;*
2. *Llamadas telefónicas con origen nacional móvil y destino nacional móvil y SMS nacionales.*

Debe recordarse que el análisis de una supuesta conducta de estrechamiento de márgenes involucra dos mercados: a) el ascendente, mayorista, que en este caso en particular corresponde al mercado de terminación de llamadas y mensajes cortos (SMS) nacionales en una red móvil y b) el descendente, minorista que se refiere a la puesta a disposición del consumidor de servicios de llamadas telefónicas y del servicio de mensajería corta (SMS).

*En vista del proceso de apertura del mercado de las telecomunicaciones, que conlleva una transición natural de un mercado estructurado bajo monopolio público hacia un mercado con nuevos actores en competencia (aun cuando se mantenga cierto nivel de regulación), **esta Comisión coincide con la determinación de los mercados relevantes definidos en este procedimiento** por cuanto, en el caso de la terminación de llamadas nacionales o de mensajes cortos (SMS) nacionales en la red móvil del ICE, es natural que la red del operador histórico, constituya el destino predominante, acaparando la mayor parte de las comunicaciones, incluyendo las originadas por usuarios de los nuevos operadores móviles; el propio ICE es lógicamente el único operador capaz de ofrecer este servicio. Su red no cuenta con sustitutos. En relación con los servicios minoristas dadas sus características particulares relacionadas principalmente con el acceso y la movilidad por parte de los usuarios, se considera que igualmente no cuenta con servicios sustitutos cercanos” (lo destacado es intencional).*

Para analizar la terminación, tanto de llamadas como de SMS, se tiene que éste es un servicio de interconexión del tipo cargo por uso, el cual se define en el artículo 5 inciso 6 del Reglamento de

Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones como el precio correspondiente a la utilización de los elementos de red requeridos para transmitir y terminar tráfico.

Respecto al servicio de terminación de llamadas ha indicado la Comisión Federal de Competencia de México en su Resolución Expediente DE-37-2006 y acumulados lo siguiente:

“Una característica importante del servicio de terminación de llamadas en una RPT [Red Pública de Telecomunicaciones] móvil es que únicamente la RPT móvil del usuario de destino dispone de los medios de conmutación y transmisión (principalmente central de destino, concentrador de líneas y líneas conmutada de acceso al usuario) que permiten terminar la llamada en el número del suscriptor de sus servicios. Por tanto, técnicamente, sólo el concesionario u operador de la RPT en cuestión puede prestar los servicios de terminación de los suscriptores de la misma.

En ese sentido, los servicios de terminación conmutada en las diferentes redes móviles son distinguibles y distintos entre sí” (lo destacado es intencional).

Continúa añadiendo la Comisión Federal de Competencia en la citada resolución:

“Cada equipo terminal (i.e. teléfono) de los usuarios finales del STL [Servicio de Telefonía Local] mantiene una línea de acceso única y exclusiva con un concesionario de RPT [Red Pública de Telecomunicaciones] determinado. Esta condición técnica permite a cada concesionario de RPT para STL constituirse como el único agente económico existente para terminar una llamada dirigida a cualquiera de sus suscriptores”.

En estas condiciones los concesionarios que demandan los servicios relevantes no eligen la RPT que se los proporcionará, ni disponen de alternativas para sustituirla. La función de terminación es un insumo que un concesionario del STL ofrece a través de su RPT a otras RPTs que, a su vez, lo emplean para prestar el STL fijo o móvil a los usuarios finales” (lo destacado es intencional).

Lo anterior también aplicaría para el caso de la terminación de SMS.

En ese sentido, el único operador que puede ofrecer el servicio de terminación de llamadas en la red móvil del ICE es el mismo ICE, es decir, este servicio no cuenta con sustitutos. Mientras que los demandantes de este servicio son todos los operadores de telefonía que terminan tráfico en la red móvil del ICE, a saber: CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A., INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (redes fijas), TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., TELEVISORA DE COSTA RICA S.A., VIRTUALIS S.A., CALLMYWAY NY S.A., R&H INTERNATIONAL TELECOM SERVICES S.A., E-DIAY S.A., TELECABLE ECONÓMICO TVE S.A., AMNET CABLE COSTA RICA S.A., AMERICAN DATA NETWORKS S.A., INTERPHONE S.A.

En el caso de la terminación de SMS en la red móvil del ICE también ocurre que este servicio no cuenta con sustitutos. Siendo que los demandantes de este servicio son los otros operadores móviles que operan en el país, a saber: CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A., TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., VIRTUALIS S.A., y TELEVISORA DE COSTA RICA S.A.

En lo que respecta a los servicios minoristas, a saber el servicio de llamadas telefónicas con origen nacional móvil y destino nacional móvil y el servicio de SMS nacionales, se tiene que para determinar los participantes de dicho mercado se debe valorar qué operadores pueden ofrecer un servicio que se constituya como sustituto, es decir, un servicio que tenga funcionalidades y precios que hagan que pueda ser considerado por el usuario final como sustituible.

En ese sentido, destaca el hecho de que una de las principales características del servicio telefónico

móvil es precisamente la movilidad, por lo anterior resulta que los únicos proveedores que conformarían el mercado relevante de llamadas con origen nacional móvil y destino nacional móvil y de SMS nacionales serían aquellos que pueden ofrecer líneas telefónicas móviles al público, es decir, aquellos operadores que cuentan con una red móvil propia, operadores móviles de red, o que poseen un contrato para hacer uso de la red de radio de otro operador, operadores móviles virtuales.

A partir de lo anterior, se concluye que los siguientes operadores conformarían los competidores de los mercados relevantes de telefonía móvil afectados:

- Terminación de llamadas y SMS en la red móvil del ICE:
 - o INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD
- Llamadas telefónicas con origen nacional móvil y destino nacional móvil y SMS nacionales⁸:
 - o CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A.
 - o INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD
 - o TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A.
 - o TELEVISORA DE COSTA RICA S.A.
 - o VIRTUALIS S.A.

7.3.2. Mercado geográfico relevante

En la definición del mercado relevante de producto puede considerarse lo definido para tales efectos por la Comisión Europea⁹: “*El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas*”.

En razón de que el mercado relevante de producto corresponde al servicio de telefonía móvil, y considerando el hecho de que las redes móviles desplegadas en el país tienen una mancha de cobertura que cubre prácticamente todo el territorio nacional¹⁰ y de que las líneas telefónicas asociadas a dichas redes pueden ser adquiridas en cualquier punto del país, para ser empleadas a su vez en cualquier punto del territorio nacional es que se considera que el mercado geográfico relevante se refiere al territorio nacional.

7.4. Sobre el poder de mercado

Para analizar si un operador o proveedor tiene poder de mercado el artículo 15 de la Ley 7472 indica los elementos que deben ser considerados, como de seguido se detalla:

“ARTÍCULO 15.- Poder sustancial en el mercado.

Para determinar si un agente económico tiene un poder sustancial en el mercado relevante, debe considerarse:

a) Su participación en ese mercado y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás

⁸ El servicio de SMS fue declarado como servicio de información mediante la resolución RJD-019-2013 de las 14:50 horas del 04 de abril de 2013, las prácticas investigadas en el presente procedimiento fueron llevadas a cabo durante el período 2011-2012, momento en el cual al servicio de SMS le aplicaba la regulación relativa a los servicios de telecomunicaciones.

⁹ Comisión Europea. (1997). “*Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)*”. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 372 del 9.12.97.

¹⁰ Para un mayor detalle sobre la cobertura del servicio móvil por operador, consultar el sitio Web: <http://mapas.sutel.go.cr/>

- agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.
- b) La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.
- c) La existencia y el poder de sus competidores.
- d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos.
- e) Su comportamiento reciente.
- f) Los demás criterios análogos que se establezcan en el Reglamento de esta Ley.”

7.4.1. La posición de la empresa investigada en el mercado

El primer elemento para analizar la posición de la empresa se refiere al análisis de la cuota de mercado que posee la misma. En el caso particular la cuota de mercado se estima empleando de manera conjunta dos indicadores, por un lado el número de usuarios¹¹ de telefonía móvil y por otro el tráfico de llamadas y de SMS.

La evolución de la cantidad de usuarios durante el período 2011-2012, de conformidad con lo indicado por la Dirección General de Mercados en su oficio 3911-SUTEL-DGM-2013, se presenta en la siguiente Tabla.

Tabla 1

Costa Rica: Usuarios de Telefonía Móvil por Modalidad de Pago y Proveedor de Servicios, 2011-2012

Cifras en cantidades de usuario de telefonía móvil

| Mes | ICE | | | CLARO | | | TELEFÓNICA | | | FULLMÓVIL | TUYO MÓVIL | Total |
|--------|-----------|-----------|-----------|-----------|----------|---------|------------|----------|---------|-----------|------------|-----------|
| | Post-pago | Pre-pago | Total | Post-pago | Pre-pago | Total | Post-pago | Pre-pago | Total | | | |
| Mar-11 | 1,597,757 | 1,676,271 | 3,274,028 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 3,274,028 |
| Jun-11 | 1,571,178 | 1,934,401 | 3,505,579 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 3,505,579 |
| Sep-11 | 1,561,367 | 2,043,338 | 3,604,705 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 13,889 | 65,964 | 3,684,558 |
| Dic-11 | 1,228,694 | 2,509,388 | 3,738,082 | 21,157 | 93,815 | 114,972 | 12,838 | 108,898 | 121,736 | 75,431 | 102,846 | 4,153,067 |
| Ene-12 | 1,204,452 | 2,667,585 | 3,872,037 | 28,108 | 131,925 | 160,033 | 23,501 | 147,585 | 171,086 | 45,035 | 108,656 | 4,356,847 |
| Feb-12 | 1,176,661 | 2,741,485 | 3,918,146 | 36,893 | 160,712 | 197,605 | 32,702 | 191,307 | 224,009 | 38,803 | 111,998 | 4,490,561 |
| Mar-12 | 1,139,450 | 2,759,209 | 3,898,659 | 41,849 | 185,321 | 227,170 | 41,284 | 226,536 | 267,820 | 40,991 | 115,618 | 4,550,258 |
| Abr-12 | 1,098,334 | 2,739,943 | 3,838,277 | 44,678 | 205,883 | 250,561 | 46,706 | 260,001 | 306,707 | 47,821 | 115,492 | 4,558,858 |
| May-12 | 1,067,416 | 2,749,525 | 3,816,941 | 51,001 | 249,257 | 300,258 | 49,737 | 293,145 | 342,882 | 54,095 | 117,531 | 4,631,707 |
| Jun-12 | 1,048,485 | 2,770,194 | 3,818,679 | 48,864 | 302,217 | 351,081 | 49,581 | 311,097 | 360,678 | 59,351 | 120,366 | 4,710,155 |
| Jul-12 | 1,029,841 | 2,787,882 | 3,817,723 | 59,663 | 365,311 | 424,974 | 40,353 | 311,599 | 351,952 | 62,151 | 123,621 | 4,780,421 |
| Ago-12 | 1,013,235 | 2,817,599 | 3,830,834 | 75,929 | 437,274 | 513,203 | 43,927 | 344,721 | 388,648 | 70,960 | 129,718 | 4,933,363 |
| Sep-12 | 997,285 | 2,832,319 | 3,829,604 | 89,813 | 510,756 | 600,569 | 44,519 | 365,026 | 409,545 | 78,582 | 131,514 | 5,049,814 |
| Oct-12 | 978,429 | 2,868,318 | 3,846,747 | 103,638 | 571,633 | 675,271 | 47,595 | 370,935 | 418,530 | 76,833 | 132,923 | 5,150,304 |
| Nov-12 | 961,673 | 2,874,952 | 3,836,625 | 119,037 | 623,216 | 742,253 | 49,298 | 380,034 | 429,332 | 75,686 | 133,592 | 5,217,488 |
| Dic-12 | 953,981 | 2,938,542 | 3,892,523 | 132,294 | 673,671 | 805,965 | 50,840 | 397,285 | 448,125 | 95,286 | 136,183 | 5,378,082 |

Fuente: Proveedores del servicio de telefonía móvil.

Los anteriores datos evidencian que la participación de mercado del ICE para el servicio de telefonía móvil, medido a través del número de usuarios, ha evolucionado de la siguiente forma:

¹¹ Se estiman a partir de las líneas activas (que hayan realizado un evento tasable) de telefonía móvil durante un período de 3 meses.

Tabla 2
ICE: Cuota de Mercado de Telefonía Móvil (medida por cantidad de usuarios), 2011-2012

| Mes | Post-pago | Pre-pago | Total |
|--------|-----------|----------|-------|
| jun-11 | 100% | 100% | 100% |
| dic-11 | 97% | 87% | 90% |
| jun-12 | 91% | 78% | 81% |
| dic-12 | 84% | 69% | 72% |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de los operadores.

Es decir, se tiene que entre junio de 2011 y diciembre de 2012 la participación de dicho operador pasó de ser un 100% a un 69% en el caso de la telefonía móvil modalidad pre-pago y de 72% en el caso de la telefonía móvil total.

Por su parte, en lo referente a la cuota de mercado, medida a partir de los datos de tráfico telefónico y de SMS indicados por la DGM en el oficio número 3911-SUTEL-DGM-2013, se tiene que la participación del ICE es la que se detalla en la siguiente Tabla.

Tabla 3
Telefonía Móvil: Participación del ICE en el Tráfico Telefónico Móvil y de SMS, Mar-11 a Dic-12

Cifras en porcentaje

| Mes | Tráfico Llamadas* | Tráfico SMS** |
|--------|-------------------|---------------|
| mar-11 | 100% | 100% |
| jun-11 | 100% | 100% |
| sep-11 | 100% | 100% |
| dic-11 | 99% | 99% |
| ene-12 | 94% | 98% |
| feb-12 | 93% | 95% |
| mar-12 | 93% | 94% |
| abr-12 | 92% | 95% |
| may-12 | 92% | 94% |
| jun-12 | 91% | 93% |
| jul-12 | 90% | 92% |
| ago-12 | 90% | 92% |
| sep-12 | 90% | 92% |
| oct-12 | 88% | 90% |
| nov-12 | 88% | 91% |
| dic-12 | 87% | 89% |

* Incluye llamadas on-net, off-net móvil y off-net fija

** Incluye SMS on-net y off-net

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de los proveedores

A partir de los anteriores elementos, se obtiene que la participación de mercado del ICE en cada uno de los cuatro mercados relevantes a diciembre 2012 (fecha en habría concluido la práctica denunciada) es la que se detalla a continuación:

1. Terminación de llamadas nacionales en la red móvil del ICE: 100%.
2. Llamadas telefónicas con origen nacional móvil y destino nacional móvil: 72% medida por el número de usuarios y 87% medida por el volumen de tráfico.
3. Terminación de SMS nacionales en la red móvil del ICE: 100%.
4. SMS nacionales: 72% medida por el número de usuarios y 89% medida por el volumen tráfico de mensajes.

Respecto a la cuota de mercado la Comisión Europea¹² ha indicado lo siguiente que *“una cuota de mercado que supere el 50% basta habitualmente para demostrar la existencia de una posición dominante”*. Más aún dicha Comisión¹³ ha aseverado que *“la experiencia sugiere que cuanto mayor es la cuota de mercado y cuánto mayor es el período de tiempo durante el cual se tiene dicha cuota, más probable es que constituya un indicio preliminar importante de la existencia de una posición dominante...”*

Más aún el mismo ICE reconoce en la comparecencia que posee poder de mercado, en ese sentido se indica que *“si bien el ICE es cierto que en noviembre del 2011 y a la fecha mantiene un poder sustancial en el mercado eso no lo estamos negando”* (folio 3143).

7.4.2. Posición de los competidores

Respecto a la existencia y poder de los competidores hay dos de los mercados relevantes analizados, terminación de llamadas nacionales en la red móvil del ICE y terminación de SMS nacionales en la red móvil del ICE, en los cuales no existen competidores para ofrecer el servicio. Esto en cuanto los servicios de terminación en una determinada red no cuentan con sustitutos.

Respecto a ese tema la Comisión Federal de Competencia¹⁴ de México ha indicado que: *“Cada equipo terminal (i.e. teléfono) de los usuarios finales del STL [Servicio de Telefonía Local] mantiene una línea de acceso única y exclusiva con un concesionario de RPT [Red Pública de Telecomunicaciones] determinado. Esta condición técnica permite a cada concesionario de RPT para STL constituirse como el único agente económico existente para terminar una llamada dirigida a cualquiera de sus suscriptores”*.

Esta condición de la no-existencia de sustitutos se puede ampliar si se considera que el operador que origina la llamada no puede elegir la red en la cual está terminará, sino que es una decisión del usuario que origina la llamada escoger la red en que esta terminará, siendo que el operador que origina la llamada no tiene más opción que en-rutar la misma hacia el número elegido por el usuario, de conformidad con la obligación de interoperabilidad de las redes establecida en el artículo 75 inciso a) aparte i) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593.

En lo referente a los otros dos mercados relevantes analizados, llamadas telefónicas con origen nacional móvil y destino nacional móvil y SMS nacionales, se tiene dichos servicios pueden ser ofrecidos por cualquiera de los operadores móviles que operan actualmente en el mercado, a saber: CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A., TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., TELEVISORA DE COSTA RICA S.A., VIRTUALIS S.A.

¹² Comisión Europea. (1998). *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de telecomunicaciones*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas (98/C 265/02)

¹³ Comisión Europea. (2009). *Comunicación de la Comisión- Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*. Diario Oficial de la Unión Europea (2009/C 45/02).

¹⁴ Comisión Federal de Competencia. (2011) *Resolución Expediente DE-37-2006 y acumulados (Radiomóvil Dipsa S.A. de C.V.)*. México.

Esto en cuanto los productos particulares ofrecidos por las anteriores empresas poseen no sólo precios similares, sino que ofrecen la misma funcionalidad, con lo que constituirían sustitutos desde la perspectiva del usuario final.

Para valorar el poder de dichos competidores se considera pertinente analizar la cuota de mercado que poseen los mismos. En dicho análisis se selecciona como indicador para valorar la cuota de mercado, la variable de cantidad de usuarios, esto en cuanto un usuario que posee una línea telefónica móvil puede tanto realizar llamadas telefónicas como enviar SMS.

Gráfico 1
Costa Rica: Usuarios de Telefonía Móvil por Operador, Diciembre 2011

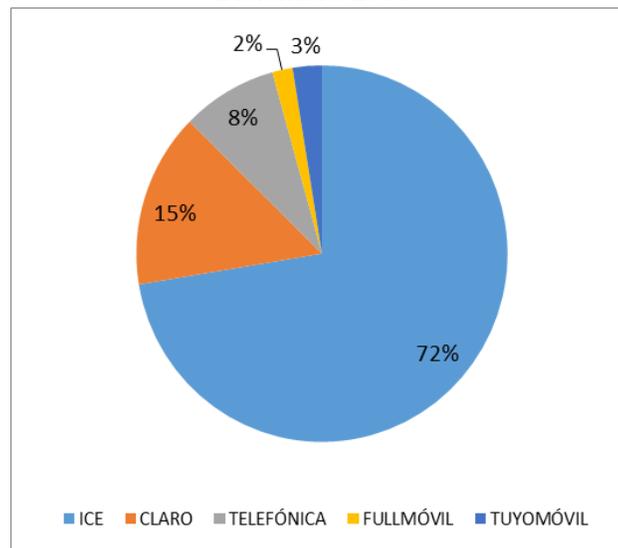
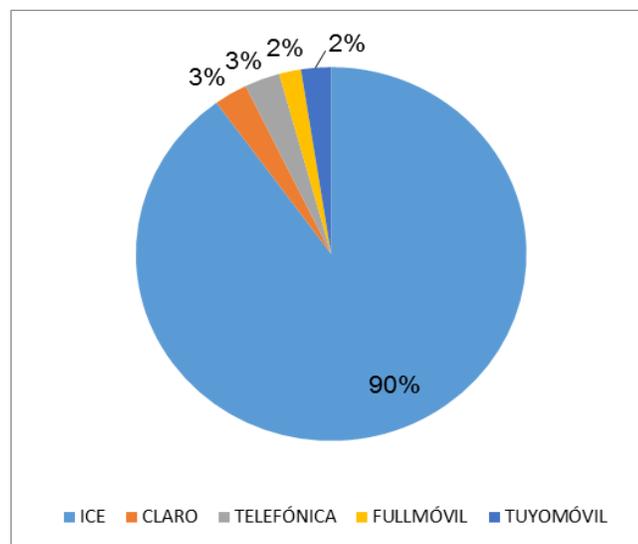


Gráfico 2
Costa Rica: Usuarios de Telefonía Móvil por Operador, Diciembre 2012



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de los proveedores

Los gráficos anteriores evidencian que en el período en el cual el ICE inició a ofrecer la promoción analizada, la cuota de mercado de los competidores era muy baja, entre un 2% y un 3% para cada uno de los competidores, mientras que al final del período en que se ofreció dicha promoción, la cuota de mercado de algunos de los competidores había aumentado significativamente, sin que este aumento significara que alguno de los competidores adquiriera una cuota de una magnitud tal que pudiera dar indicios de que se le pudiera considerar como un operador importante, en los términos de lo definido en el artículo 12 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones.

Lo anterior evidencia que sobre todo en las primeras etapas en que el ICE mantuvo vigente las promociones “*Chip Extremo*” y “*Chip SMS Extremo*” los competidores del mercado carecían de poder para contrarrestar las acciones de dicho operador. Más aún, el primer lanzamiento de la promoción investigada se presenta en el mes de noviembre de 2011, lo cual coincide con el momento en el cual los nuevos operadores empezaron a ofrecer efectivamente sus servicios de telefonía móvil en el mercado.

7.4.3. Posición de los clientes.

En lo que respecta al poder de los clientes de los servicios analizados, resulta prudente estudiar los mercados minoristas y mayoristas por separado.

En lo referente a los servicios minoristas se tiene que los usuarios a nivel individual no cuentan con poder para restringir las acciones de los operadores de telefonía móvil, entre ellos el ICE, siendo que dichos usuarios deben ajustarse a las condiciones establecidas en los contratos de adhesión y a las tarifas vigentes, que aplican de manera uniforme para todos los operadores y usuarios, siendo de este modo que dichos usuarios no cuentan con poder de negociación.

En lo referente a los servicios mayoristas, resulta que los usuarios de estos servicios son los otros proveedores de telefonía móvil, en ese sentido al tratarse de empresas grandes resulta que las mismas sí poseen algún poder de negociación con el operador incumbente. Sin embargo, en una primera etapa del mercado, cuando las redes de los competidores son aún muy pequeñas, este poder no es real, ya que quien realmente ostenta este poder es el operador importante del mercado, que es el que cuenta con la mayor cantidad de usuarios de mercado.

Este problema, ha llevado a que los reguladores de distintas latitudes impongan obligaciones de acceso e interconexión a los operadores de telecomunicaciones, para que estos no puedan negarse a ofrecer dicho servicio, más aún en el caso de los operadores importantes se les ha obligado a emitir una oferta de interconexión por referencia (OIR), en la cual se establecen precios y condiciones de acceso no-discriminatorias, siendo que mediante la aplicación de este tipo de obligaciones se pretende disminuir el poder de negociación de los operadores más grandes, garantizando el acceso de los operadores más pequeños del mercado.

El mercado costarricense de telecomunicaciones no es la excepción en esta materia siendo que el ICE está en la obligación tanto de suministrar acceso e interconexión a los operadores que así se lo soliciten, como de publicar una OIR, siendo que adicionalmente en caso de que los operadores no puedan llegar a un acuerdo pueden solicitar a la SUTEL su intervención de manera supletoria, en ese sentido se considera que la regulación vigente establece los mecanismos necesarios para nivelar la cancha entre el operador incumbente, el ICE, y el resto de operadores del mercado.

7.4.4. Barreras de entrada al mercado.

Las barreras de entrada son obstáculos que impiden o dificultan el ingreso de nuevas empresas en un determinado mercado o el crecimiento de las que ya existen en el mercado. Los mercados con barreras permiten que las empresas tengan el poder para imponer a sus clientes precios o

condiciones de forma unilateral.

Respecto a la existencia de barreras de entrada se tiene que en el caso del servicio de telefonía móvil, al igual que en el caso de todos los servicios de telecomunicaciones, estas son altas, en virtud de la naturaleza misma de la industria de telecomunicaciones que se caracteriza por altos costos hundidos para el despliegue de redes, existencia de economías de escala, restricciones regulatorias y legales (concesión de espectro, permisos de operación, etc.), entre otras, en más detalle se puede considerar lo siguiente:

1. Economías de escala, altos costos de inversión y costos hundidos: el despliegue de redes de telecomunicaciones de cualquier naturaleza lleva aparejado un alto costo asociado a la inversión en infraestructura y equipos, debe considerarse adicionalmente que este tipo de redes se despliegan para una capacidad determinada de usuarios y/o tráfico lo que implica que una vez que una red ha sido desplegada esta posee costos decrecientes, dando lugar a la aparición de economías de escala, resultando adicionalmente que una vez hechas estas inversiones las mismas se convierten en un costo hundido en vista de que no son fácilmente trasladables o aprovechables para otra actividad.
2. Recursos escasos: particularmente en el despliegue de una red móvil se tiene que esta requiere de espectro para poder ser desplegada, siendo que el espectro disponible para ser concesionado es un bien escaso, propiedad del estado. Tal que se requiere contar con una concesión que autorice al uso de determinadas frecuencia del espectro para poder desplegar una red móvil.
3. Restricciones legales: la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público requiere de autorizaciones otorgadas por el Regulador, las cuales llevan tiempo y recursos.
4. Publicidad y reconocimiento de marca: una vez que hay grandes operadores en el mercado, que han posicionado su marca a lo largo del tiempo, resulta difícil para los nuevos entrantes adquirir una cuota de mercado significativa. Respecto a este tema los testigos del ICE resaltaron durante la comparecencia (folios 3173, 3215 a 3216 y 3237) el hecho de que el ICE goza con un gran reconocimiento y preferencia de marca en el mercado nacional de telefonía móvil, a tal punto de que el principal factor por el cual los usuarios adquieren los servicios de telefonía móvil del ICE es por el posicionamiento de la marca y no por factores de calidad del servicio y/o precio. En este sentido el ICE aporta como prueba un estudio sobre el posicionamiento de su marca en el mercado (folios 1924 al 1929).

Todo lo anterior permite concluir a este Órgano que el mercado de telefonía en Costa Rica posee altas barreras de entrada que dificultan no sólo el ingreso de nuevos operadores del mercado, sino también el desarrollo de los operadores que ya se encuentran operando en el mercado. Particularmente reconoce este Órgano que el posicionamiento de la marca Kõlbi en el mercado nacional se constituye en una barrera de entrada para el crecimiento de los nuevos operadores del mercado.

En virtud de lo anterior, puede concluirse que el ICE posee poder de mercado en los cuatro mercados relevantes definidos en la investigación.

Por su parte, la COPROCOM en su Opinión 017-2014 indicó en relación con el poder de mercado lo siguiente:

Así las cosas, dada la participación de mercado del ICE respecto al número de usuarios y al tráfico de llamadas, el escaso poder de los competidores en el país y las altas barreras de entrada, esta Comisión concuerda con la conclusión de la DGM de la SUTEL, en cuanto a que el ICE cuenta con poder sustancial tanto en el mercado mayorista de terminación de llamadas y mensajería corta (SMS) nacionales en una red móvil, como en el mercado minorista de llamadas telefónicas y de mensajes cortos(SMS)(lo destacado es intencional).

7.5. Sobre el análisis de la conducta investigada.

7.5.1. Características de la promoción investigada.

Las promociones investigadas son: “*Chip Extremo*”, “*Chip SMS Extremo*” y “*Kit Chip Extremo*”. En la siguiente Tabla se resumen las características de las promociones que le fueron intimadas al ICE,

Tabla 4

Instituto Costarricense de Electricidad: Características de la Promoción Chip Extremo, 2011-2012

| Nombre Reglamento | Vigencia Promoción | | Efectos en el Mercado | Bono Suscripción | | Posibilidad de Consumo | | | Bono Suscripción | | Posibilidad de Consumo | | |
|---|--------------------|------------|-----------------------|------------------|-----------------|------------------------|-----------------|-------------------|------------------|--------------|------------------------|-----------------|-------------------|
| | Inicio | Fin | | Recarga Inicial | Bono Bienvenida | Saldo | Minutos Máximos | Precio Min/Minuto | Recarga | Bono Mensual | Saldo | Minutos Máximos | Precio Min/Minuto |
| Navidad Kölbi | 01/12/2011 | 29/12/2011 | 6 meses | 1.500 | 6.000 | 7.500 | 221 | 6,80 | 1.000 | 4.000 | 5.000 | 147,06 | 6,80 |
| Möntate en la Diversión | 29/12/2011 | 08/01/2012 | 6 meses | 1.500 | 6.000 | 7.500 | 221 | 6,80 | 1.000 | 4.000 | 5.000 | 147,06 | 6,80 |
| Entrada a Clases Servicio Kölbi Prepago | 01/02/2012 | 27/02/2012 | 6 meses | 3.000 | 4.000 | 7.000 | 206 | 14,57 | 1.500 | 4.000 | 5.500 | 161,76 | 9,27 |
| Chip Extremo y Kit prepago con Chip Extremo | 01/10/2012 | 15/11/2012 | 6 meses | 3.000 | 4.000 | 7.000 | 206 | 14,57 | 2.000 | 3.000 | 5.000 | 147,06 | 13,60 |

Fuente: Reglamentos promocionales del ICE

Igualmente debe tenerse en cuenta que la promoción investigada tenía algunas restricciones, las cuales se detallan a continuación:

- El bono inicial de bienvenida debía consumirse en los primeros 15 días.
- Los bonos mensuales promocionales sólo se obtenían:
 - En el caso de los Reglamentos “Navidad Kölbi” y “Möntate en la Diversión” si el usuario recargaba 1.000 o más durante los primeros 7 días del mes.
 - En el caso del Reglamento “Entrada a Clases Servicio Kölbi Prepago” si el usuario recargaba 1.500 o más durante los primeros 7 días del mes.
 - En el caso del Reglamento “Chip Extremo y Kit prepago con Chip Extremo” si el usuario recargaba 2.000 o más durante los primeros 7 días del mes.
- Los bonos mensuales promocionales aplicaban a partir del siguiente mes y tenían una vigencia de 15 días luego de acreditado el saldo.
- Los bonos no aplicaban para llamadas o mensajes fuera de la red del ICE, ni tampoco para el servicio de internet en el caso del Reglamento “Chip Extremo y Kit prepago con Chip Extremo”.

De lo anterior debe notarse que el ICE fue ajustando las condiciones de las promociones “Chip Extremo”, haciendo las mismas más restrictivas en cada lanzamiento de la promoción al mercado.

Respecto a la promoción y sus efectos en el mercado la empresa denunciante, TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., y la empresa denunciada, ICE, tienen posiciones contrarias respecto al precio promedio que debe ser considerado por la SUTEL en sus análisis.

La posición de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. es que se debe emplear el precio potencial (precio mínimo por minuto), el cual se obtiene de dividir los minutos que el usuario hubiera podido

consumir si hubiera disfrutado del total de beneficios brindado por el bono regalado por el ICE, sin embargo los peritos presentados por esta empresa no son consistentes con dicha posición, en ese sentido el testigo-perito Eduardo Arturo Briceño indica que se debe emplear el “precio efectivo” (folio 3191), de un criterio similar parece ser el testigo-perito Diego Petrecolla quien indica que “*si los usuarios usan el 35% del bono o menos, el precio no sería debajo del costo*” (folio 3168), mientras que en el caso de la testigo-perito Pamela Sittenfeld Hernández indica que se debe emplear el “precio potencial” (folio 3207).

Por su parte la posición del ICE es que se debe emplear el precio real promedio efectivamente pagado por el usuario, el cual se estima empleando solamente la parte del bono regalado que el usuario efectivamente consumió.

En lo que respecta a los precios potenciales estos ya se detallaron en la Tabla anterior, mientras que en lo referente a los precios promedio efectivamente pagados por el usuario, estos se detallan en las siguientes Tablas.

Tabla 5

ICE: Consumo, Recargas y Precio Pagado por los Clientes de la Promoción "Chip Extremo" y "Chip SMS Extremo", Noviembre 2011-Febrero 2012

Cifras corresponden a promedios

| Chip Extremo | | | | | | |
|------------------|---------------------|------|---|------------------|-----------------|------|
| Mes | Consumo por Cliente | | Saldo Recargado según características de la promoción | | Precio Efectivo | |
| | Minutos | SMS | Por el Cliente | Regalado por ICE | Minuto | SMS |
| nov-11 | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ |
| dic-11 | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ |
| ene-12 | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ |
| feb-12 | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ |
| Chip SMS Extremo | | | | | | |
| Mes | Consumo por Cliente | | Saldo Recargado según características de la promoción | | Precio Efectivo | |
| | Minutos | SMS | Por el Cliente | Regalado por ICE | Minuto | SMS |
| nov-11 | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ |
| dic-11 | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ |
| ene-12 | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ |
| feb-12 | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ | ████ |

Fuente: ICE (folios 145 al 149)

regulatorios distintos en el mercado, cuando el mercado se encuentra en competencia efectiva y cuando no. En el momento en el cual un mercado sea declarado en competencia efectiva, los proveedores de servicios que operen en ese mercado están en la posibilidad de fijar por sí mismos los precios de los servicios que ofrecen, cuando el mercado no ha sido declarado en competencia corresponde a la SUTEL determinar las tarifas de los servicios de telecomunicaciones. Estas tarifas serán determinadas conforme a la metodología de topes de precios o alguna otra que incentive la competencia y la eficiencia en el uso de los recursos, de conformidad con lo definido en el artículo 50 de la Ley 8642:

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

Cuando la Sutel determine, mediante resolución motivada, que existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, los precios serán determinados por los proveedores de los servicios de telecomunicaciones.

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

Actualmente ningún servicio y/o mercado ha sido declarado en competencia por parte de la SUTEL, lo que implica que se mantiene vigente la metodología de topes de precios para la fijación de las tarifas de los servicios de telecomunicaciones, esto de conformidad con la Ley 8642, el Reglamento para la Fijación de las Bases y Condiciones para la Fijación de Precios y Tarifas y de la resolución número RCS-615-2009 de las 10:45 horas del 18 de diciembre de 2009.

La metodología de topes de precios implica que el regulador fija el tope o precio máximo que puede ser cobrado por el operador por un determinado servicio, dado un nivel de calidad mínima, la característica esencial de esta metodología es que le permite a los proveedores del servicio competir ofreciendo precios inferiores al tope máximo.

En ese sentido corresponde determinar si bajo la metodología de topes de precios el mercado analizado posee condiciones tales que permitan que se desarrolle una práctica de estrechamiento de márgenes.

Respecto a este tema se considera pertinente tener en cuenta la resolución RCS-615-2009 de las 10:45 horas del 18 de diciembre de 2009, que estableció como tarifas máximas las tarifas que se encuentran vigentes a la fecha en el mercado, en ese sentido conviene extraer de dicha resolución lo siguiente en su parte considerativa:

*“V. Que las citadas resoluciones establecen precios máximos para los servicios de telecomunicaciones, **por lo que permiten a los operadores/proveedores reducir dichas tarifas**, no así la eliminación o modificación de las condiciones de prestación de servicio e indicadores de calidad respectivos.*

...

XIV. Que de conformidad con el artículo 67, inciso a) subinciso 12) de la Ley 8642, el cobro de tarifas distintas a las fijadas por la SUTEL corresponde a una falta muy grave, por lo cual todos los operadores y proveedores deben abstenerse de cobrar tarifas no autorizadas o superiores a las máximas fijadas por esta Superintendencia” (lo destacado es intencional).

A partir de lo anterior se extrae que el sistema tarifario vigente en Costa Rica sí permite a los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones cobrar tarifas menores a los máximos establecidos, lo que implica que existe la posibilidad de que un proveedor eventualmente pudiera prestar sus servicios más bajos, inclusive por debajo de costos.

Igualmente el esquema tarifario de precios tope o máximos, al implicar la posibilidad de que un proveedor baje sus precios por encima del máximo establecido, abre la posibilidad de que ante la desaparición o debilitamiento de la competencia, luego de algún tipo de práctica monopolística, este proveedor estaría en la posibilidad de incrementar sus precios, adhiriéndose nuevamente al tope establecido, lo que implica para el usuario final un aumento real de los precios, independientemente de que el tope no pueda ser aumentado individualmente por los proveedores de telecomunicaciones.

A partir de lo anterior este Órgano no comparte el criterio manifestado por el ICE al indicar que ningún mercado de telecomunicaciones en Costa Rica puede ser sujeto de estrechamiento de márgenes, ya que como se vio de previo, en las condiciones regulatorias actuales un proveedor de servicios de telecomunicaciones está en la posibilidad de bajar los precios que ofrece para ubicarse en un nivel inferior a los topes tarifarios vigentes.

Lo que implica que la regulación actual del mercado no impide que se puedan desarrollar en este mercado conductas anticompetitivas. Igualmente considera este Órgano que la experiencia internacional en general demuestra que los mercados de telecomunicaciones suelen poseer las características que los hacen sujeto de estrechamiento de márgenes, en ese sentido se puede consultar el documento citado por la COPROCOM en su Opinión OP-02-12 y aportado al expediente por la empresa TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. "El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones" (folios 2752 al 2770).

En lo referente a la regulación de precios mayoristas, se debe evaluar la regulación vigente en relación con la determinación de los precios mayoristas. En ese sentido, se tiene que el artículo 61 de la Ley 8642 define lo siguiente en relación con esa materia:

"Los precios de interconexión deberán estar orientados a costos, conforme al inciso 13) del artículo 6 de esta Ley y serán negociados libremente por los operadores entre sí, con base en la metodología que establezca la Sutel. Esta metodología deberá garantizar transparencia, objetividad, no discriminación, factibilidad financiera y desagregación de costos.

La negociación de los precios de interconexión estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 60 de esta Ley".

Igualmente en el caso del ICE que fue declarado operador y proveedor importante en la RCS-137-2009, este Instituto tiene la obligación de contar con una Oferta de Interconexión por Referencia, esta obligación viene definida en el artículo 75 inciso b) aparte x) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos Ley 7593, y el contenido y objetivo de este instrumento se detallan en el artículo 58 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones, a saber:

"Oferta de interconexión por referencia. De conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 7593, la Sutel, podrá imponer a los operadores o proveedores la obligación de suministrar una Oferta de Interconexión por Referencia (OIR), la cual deberá ser presentada en un plazo no mayor a 45 días hábiles, a partir de la solicitud por parte de la Sutel.

El objetivo de la OIR es garantizar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y de no discriminación desarrolladas en este Reglamento a fin de evitar pagar por recursos que sean innecesarios para el servicio requerido. La OIR deberá estar suficientemente desglosada y deberá contener los puntos de acceso e interconexión y demás condiciones técnicas, económicas, y jurídicas. Una vez aprobada por Sutel la OIR tendrá efecto vinculante entre el

operador o proveedor que la presentó y cualquier otro operador que se acoja a la misma.

Cada OIR deberá actualizarse periódicamente, conforme a los requerimientos y condiciones que establezca la Sutel.

...

La inexistencia de una OIR aprobada por la Sutel, en ningún caso eximirá al operador o proveedor de la obligación de acceso e interconexión. En caso que el operador o proveedor no presente la OIR, o no subsane las observaciones y modificaciones señaladas dentro del plazo estipulado, la Sutel emitirá una orden de interconexión, determinando en ella las condiciones mínimas de acceso e interconexión, las que serán de obligatorio cumplimiento.

Todo operador o proveedor debe mantener una actualización anual de su OIR, incluyendo los ajustes en los cargos por acceso e interconexión, que deberá ser aprobada por la Sutel”.

Así actualmente el ICE cuenta con una OIR que establece una serie de condiciones a las cuales puede adherirse cualquier operador o proveedor que interconecte su red con la del ICE, entre las condiciones definidas en la OIR se encuentran los cargos de interconexión en la red de telefonía móvil. Respecto a dichos cargos debe destacarse que los mismos fueron establecidos por la SUTEL en la RCS-496-2010 de las 14:30 horas del 12 de octubre de 2010, aportada como prueba al expediente por el ICE (folio 1523 al 1563).

En relación con este tema la opinión de la empresa denunciada, ICE, es que (folios 3011 al 3016):

“De manera casi idéntica a lo que ocurre con la fijación de tarifas de usuario final, como demostraremos a continuación, en el campo de las tarifas mayoristas, también existe una imposibilidad jurídica y material, para que el operador establecido, en este caso el ICE, pueda imponer a los otros operadores los precios de acceso e interconexión.

Si bien el artículo 61 de la LGT sobre Precios de Interconexión enuncia que los precios de interconexión deberán estar orientados a costos y serán negociados libremente por los operadores entre sí, en su párrafo final indica claramente que:

“La negociación de los precios de interconexión estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 60 de esta Ley”.

A este respecto dispone el artículo 60 de la LGT, sobre acuerdos de acceso e interconexión:

“Los operadores de redes públicas de telecomunicaciones convendrán entre sí las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso y la interconexión, de conformidad con esta Ley, los reglamentos y los planes técnicos correspondientes y las demás disposiciones que se emitan al efecto.

Los operadores deberán notificar a la Sutel cuando inicien negociaciones para el acceso e interconexión. De igual manera, deberán notificarle los acuerdos que alcancen entre sí y someterlos a su conocimiento. En este último caso, la Sutel tendrá la facultad para adicionar, eliminar o modificar las cláusulas que resulten necesarias para ajustar el acuerdo a lo previsto en esta Ley, de conformidad con el plazo y las demás condiciones que se definan reglamentariamente.

En caso de que exista negativa de un operador de la red pública de

telecomunicaciones para llevar a cabo negociaciones de interconexión o acceso, o el acuerdo no se concrete dentro de los tres meses siguientes a la notificación, la Sutel, de oficio o a petición de parte, intervendrá con el fin de determinar la forma, los términos y las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso o la interconexión, lo anterior sin perjuicio de las sanciones previstas en esta Ley. La Sutel hará dicha determinación en un plazo máximo de dos meses, contado a partir de que acuerde la intervención.

La Sutel podrá definir, provisionalmente, las condiciones de acceso e interconexión hasta que emita su resolución definitiva, en la cual deberá valorar si existen alternativas técnicas y económicas más factibles y eficientes a la interconexión o acceso que se solicita.

A la Sutel le corresponde interpretar y velar por el cumplimiento de los acuerdos de acceso e interconexión". (El énfasis en la impresión no corresponde al original).

...

Esta facultación legal y reglamentaria otorgada a la SUTEL para intervenir en caso de que los operadores no alcancen un acuerdo en materia de cargos de acceso e interconexión, en la práctica tornan imposible que un operador pueda imponer a otro los precios de sus servicios mayoristas.

Esta imposibilidad se consolida aún más, tomándose en absoluta, cuando el operador solicitado corresponde al incumbente, como es el ICE en este caso, al estar obligado de conformidad con el artículo 75 inciso b) acápite x) a presentar para aprobación de la SUTEL su Oferta de Interconexión de Referencia (OIR), según el cual:

La OIR deberá ser aprobada por la Sutel, la cual podrá efectuar modificaciones, enmiendas o aclaraciones para el cumplimiento de los principios y objetivos de esta Ley.

...

Lo anterior permite concluir con toda certeza, que en el campo de las tarifas mayoristas, de acuerdo con las facultades legales y reglamentarias conferidas a la SUTEL, y por la forma en que el Regulador ha venido ejerciendo esas facultades, **en Costa Rica resulta jurídica y materialmente imposible que el ICE o cualquier otro operador, pueda imponer los precios de acceso, interconexión y uso compartido de infraestructura a los prestadores solicitantes.**

De forma tal que al igual que ocurre con la supuesta aplicación de precios predatorios, resulta jurídica y materialmente imposible que el ICE como operador incumbente, pueda incurrir en la práctica conocida como estrechamiento de márgenes, toda vez que no tiene libre disposición sobre los cargos que puede aplicar a los otros operadores por el uso de sus facilidades, ante el absoluto control que tiene la SUTEL sobre la regulación de todos los cargos aplicables" (lo destacado corresponde al original).

Por su parte la opinión de la empresa denunciante, TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., es que (folio 3118):

"Sobre este punto debemos indicar que el hecho que el ICE no sea quien fije a falta de acuerdo los precios mayoristas de acceso e interconexión, no impide que se configure la práctica de estrechamiento de márgenes tal y como fue expuesto por los expertos durante la comparecencia oral, en particular, por el testimonio de la Msc. Sittenfeld quien manifestó

expresamente que el estrechamiento de márgenes resulta posible aun cuando los precios de acceso e interconexión se encuentren regulados.

De hecho en numerosos de los casos de la jurisprudencia europea comparada de competencia en materia de telecomunicaciones se ha presentado la situación de estrechamiento de márgenes en mercados donde el acceso mayorista se encuentra regulado, para lo cual se ha razonado que aun cuando el precio mayorista este fijado por el Regulador, lo cierto del caso es que los incumbentes podían haber perfectamente evitado el estrechamiento de márgenes al controlar sus precios minoristas (ejemplo más claro es el de Deutsche Telekom donde los cargos de acceso mayoristas estaban regulados por la Autoridad Alemana de Telecomunicaciones, pero también presente en la decisión de Wanadoo vs Telefónica)”.

Considera este Órgano Decisor, en contrario al criterio del ICE, que para que se presente una situación de estrechamiento de márgenes basta con que se mueva una de las líneas que definen este margen, bien sea que se disminuya el precio minorista o que se aumente el cargo mayorista, sin embargo no es estrictamente necesario que se presenten ambas situaciones, con lo cual el hecho de que la SUTEL haya fijado los cargos mayoristas de terminación en la red móvil no es por sí mismo un impedimento que evite que un operador pueda desplegar una conducta anticompetitiva de estrechamiento de márgenes, tal que el ICE siempre tiene la libertad, como se analizó de previo, de disminuir de manera unilateral los precios minoristas que cobra.

Lo anterior ha sido reconocido de tal manera por la Comisión Europea¹⁵, quien respecto a dicho tema ha indicado lo siguiente:

“DT [Deutsche Telekom] tiene la visión de que no puede haber un abuso de precios en la forma de estrechamiento de márgenes en el presente caso, porque los cargos mayoristas han sido impuestos por la autoridad reguladora. El estrechamiento de márgenes, desde la perspectiva de DT, debe ser el resultado de un precio mayorista excesivo o de un precio minorista insuficiente, o de una combinación de ambos, y debe ser legalmente posible terminar esta situación variando cualquiera de los dos. Pero como el cargo mayorista es fijado por la autoridad reguladora, DT sólo puede controlar el cargo minorista, y esto es sujeto de revisión sólo por su compatibilidad con el principio de abuso de ventas debajo del costo o depredación.

Contrariamente a la visión de DT, sin embargo, el estrechamiento de márgenes es una forma de abuso relevante en este caso. En los mercados en que los competidores compran servicios de acceso al operador establecido, y dependen del operador establecido para competir en el mercado minorista de este producto o servicio, puede muy bien presentarse un estrechamiento de márgenes entre el cargo mayorista regulado y el precio minorista. Para demostrar que existe un estrechamiento de márgenes es suficiente que pueda haber una desproporción entre los dos cargos a partir de la cual la competencia es restringida. Por supuesto es también necesario demostrar que la firma sujeto de regulación de precios tiene la discreción comercial necesaria para evitar o finalizar el estrechamiento de márgenes por su propia iniciativa. Si tiene dicha discreción, tal como se tiene en el presente caso, la pregunta de cuáles precios la firma puede cargar sin la intervención del Estado es sólo relevante para propósitos de la elección de los remedios que permitan eliminar el estrechamiento de márgenes” (lo destacado es intencional).

¹⁵ Comisión Europea. (2003). *Commission Decision of 21 May 2003 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-1/37.451, 35.578, 37.579-Deutsche Telekom AG)*. Official Journal of the European Union L 263 (2003/707/EC). Pág. 24.

En relación con este tema la COPROCOM indicó en su Opinión OP 017-2014 lo siguiente:

“El sector de las telecomunicaciones podría ofrecer las características idóneas para que puedan llevarse a cabo prácticas de estrechamiento de márgenes, en el tanto la prestación de los servicios a los usuarios finales (telefonía, Internet, etc.) se lleve a cabo a través de una única red, en manos de un operador verticalmente integrado, normalmente, el antiguo monopolista; o bien, que por las condiciones del mercado, una importante mayoría de comunicaciones transiten particularmente por la red del operador histórico” (lo destacado es intencional).

7.5.2.1.2. Características de la estructura del mercado afectado.

Finalmente, se considera pertinente tener en cuenta una serie de características del mercado de telefonía móvil costarricenses, las cuales tienen relación con el comportamiento del tráfico en el mercado de telefonía móvil durante el período de la promoción investigada. Así el Gráfico siguiente contiene la distribución de tráfico telefónico móvil por operador.

Gráfico 3.
Costa Rica: Distribución de Tráfico por Proveedor de Telefonía Móvil,
Diciembre 2011 a Marzo 2012*



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de los operadores (folios 141 al 151, 219 al 221, 245 al 248, 249 al 251, 389 al 405, 412 al 420, 422 al 423 y 429 al 432),

Los datos de distribución de tráfico son importantes porque permiten evidenciar que entre el ICE y los otros operadores móviles del mercado existía una diferencia significativa en el patrón de tráfico on-net versus el tráfico off-net, de tal forma que:

- En el caso del ICE la mayor parte de su tráfico telefónico móvil correspondía a tráfico on-net, es decir, es tráfico que se origina y se termina en la misma red y que por tanto no paga el cargo de interconexión. Siendo que sólo un porcentaje muy pequeño del tráfico se dirigía hacia otras redes móviles.
- En el caso del resto de operadores móviles del mercado la tendencia es más bien la inversa, de tal forma que el mayor porcentaje de su tráfico es off-net, siendo un porcentaje particularmente alto del mismo tráfico que terminaba en otras redes móviles y que por tanto debía pagar el cargo de terminación en la red móvil.

Esta característica en la cual se presenta una situación de desbalanceo de tráfico entre operadores permite que en un mercado se pueda desarrollar una conducta de estrechamiento de márgenes por parte del operador que concentra la mayor cantidad de tráfico on-net.

Así considera este Órgano que el desbalance de tráfico on-net y off-net entre las distintas redes de telefonía móvil del país es una característica importante que hace el mercado particularmente susceptible al desarrollo de prácticas de estrechamiento de márgenes.

A la luz de lo anterior, es criterio de este Órgano, que en contrario a lo indicado por el ICE el mercado de telefonía móvil costarricense si posee las características necesarias para que se puedan presentar en él una práctica de estrechamiento de márgenes, en razón de lo cual se procede a continuar a la siguiente etapa de análisis del caso aquí analizado.

7.5.2.2. Sobre el estándar de costos que debe ser empleado en el análisis.

El primer elemento que se considera necesario determinar en esta etapa es la metodología y estándar de costos a emplear en el análisis. Esto es consistente con lo indicado por la Comunidad Europea¹⁶ en el sentido de que:

“Para determinar si es probable que incluso un competidor hipotético tan eficiente como la empresa dominante quede excluido del mercado resultante de la conducta en cuestión, la Comisión examinará los datos económicos relativos a los precios de costo y de venta, y, en especial, si la empresa dominante está aplicando unos precios inferiores al precio de coste. Para esto será necesario disponer de datos suficientemente fiables. La Comisión utilizará la información sobre costes de la propia empresa dominante cuando se disponga de ella. Si no se dispone de información fiable sobre dichos costes, la Comisión puede decidir utilizar los datos sobre dichos costes, la Comisión puede decidir utilizar los datos sobre costos de los competidores u otros datos fiables comparables”.

La Red Internacional de Competencia¹⁷ (ICN por sus siglas en inglés) ha indicado que las metodologías de costos más empleadas por las agencias de competencia son: costos marginales, costos medios variables, costo medio evitable, costos incrementales promedio de largo plazo¹⁸ y costo medio total.

Sin embargo, los esquemas de costos a ser utilizados según el Departamento de Justicia de Estados Unidos¹⁹ “son algún tipo de costos incremental”, siendo las cuatro mediciones más frecuentemente sugeridas: costo marginal, costo medio variable, costo incremental promedio de largo plazo y costo medio evitable.

Lo anterior es consistente con lo indicado por la Comisión Europea²⁰ en cuanto a parámetros de costos a ser usados por las agencias de competencia:

“Los parámetros de coste que la Comisión podrá utilizar son el costo medio evitable (AAC) y el costo incremental medio a largo plazo (LRAIC)... El hecho de no cubrir el AAC indica que la empresa dominante está sacrificando beneficios a corto plazo ya que un competidor con igual grado de eficiencia no puede suministrar a los clientes sin incurrir en pérdida... El hecho de no cubrir el LRAIC indica que la empresa dominante no está cubriendo todos los costes fijos (atribuibles) de producción del bien o

¹⁶ Comisión Europea. (2009). *Comunicación de la Comisión- Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*. Diario Oficial de la Unión Europea (2009/C 45/02).

¹⁷ International Competition Network. (2008). *Report on Predatory Pricing*. Séptima Conferencia Anual de la ICN, Kyoto, Japón.

¹⁸ El coste incremental medio a largo plazo es la media de todos los costes (variables y fijos) en que incurre una empresa para fabricar un determinado producto.

¹⁹ U.S. Department of Justice. (2008). *Competition and Monopoly*. Estados Unidos de América.

²⁰ Comisión Europea. (2009). *Comunicación de la Comisión- Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*. Diario Oficial de la Unión Europea (2009/C 45/02).

servicio en cuestión y que un competidor tan eficiente podría quedar excluido del mercado”.

Así como se detalló de previo la Comisión Europea reconoce dos estándares de costos que pueden usar las agencias de competencia: costo medio evitable y costo incremental medio de largo plazo.

Igualmente considera este Órgano, como el mismo ICE lo apunta, que el estándar de costo medio total aplica para la materia general de competencia. Tal que para el Régimen Sectorial de Competencia del Sector de Telecomunicaciones, definido en el Capítulo II del Título III de la LGT, y detallado en el Reglamento del Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones, el estándar de costos a ser empleado en el análisis estrechamiento de márgenes es el de Costo Incremental Promedio de Largo Plazo.

Este es el estándar de costos definido en el Reglamento del Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones y asimismo es conteste con una de las últimas sentencias de la Comisión Europea emitidas en esta materia, a saber la Decisión de la Comisión en el Caso de Competencia N° 38.784 Wanadoo España contra Telefónica²¹, la cual indica lo siguiente en relación con el esquema de costos adecuada para el análisis de los casos de estrechamiento de márgenes:

“Las estructuras de costos de las industrias de red tienden a ser diferentes de otras industrias porque poseen muchos más costos fijos. Como ha sido establecido en la Comunicación de Acceso, un precio igual al costo variable de un servicio puede ser sustancialmente menor que el precio que el operador requiere para cubrir los costos de prestación del servicio en el largo plazo. Con el objetivo de alcanzar la rentabilidad de los precios que se emplearán a lo largo del tiempo, y los cuales forman la base de las decisiones de inversión del operador, el costo considerado debe incluir el costo total que es incremental a la provisión del servicio.

Por tanto, en concordancia con la teoría económica y con la práctica de esta Comisión el estrechamiento de márgenes, donde la habilidad del competidor de operar rentablemente en el largo plazo fue alcanzada, la medida de costo relevante para analizar el estrechamiento de márgenes en el sector de telecomunicaciones es la de costos incrementales promedio de largo plazo (LRAIC)”.

En ese sentido considera este Órgano que el estándar de costos que debe emplearse en el análisis del presente caso es el de costos incrementales promedio de largo plazo para el caso del análisis de estrechamiento de márgenes de conformidad con las mejores prácticas internacionales.

Para el cálculo del costo incremental promedio de largo plazo, considera este Órgano emplear los costos obtenidos del Modelo de Costos de la Red Móvil (folios 695 al 696), el cual ha sido empleado por esta Superintendencia tanto para la determinación de los cargos mayoristas de terminación en la red móvil, como para la audiencia tarifaria tramitada en el expediente SUTEL ET-002-2012. Respecto al hecho indicado por el ICE de que no puede emplearse el Modelo de Costos de la Red Móvil en sus cálculos (folio 3031) siendo que el único cargo de referencia que puede ser empleado es el cargo de terminación, difiere este Órgano de lo manifestado por el ICE, ya que técnicamente si se cuenta con datos específicos del costo de una llamada móvil on-net dentro del expediente administrativo, no existe razón que justifique el no empleo de dichos costos.

7.5.2.3. Análisis de estrechamiento de márgenes: Test del operador al menos tan eficiente.

Se procede a continuación a valorar si la conducta denunciada se constituye en una conducta anticompetitiva de estrechamiento de márgenes.

²¹ Commission of the European Communities. (2007). *Commission Decision of 04.07.2007 relating to a proceedings under Article 82 of the EC Treaty* (Case COMP/38.784 – Wanadoo vs. Telefónica).

Para determinar la existencia o no de estrechamiento de márgenes este Órgano estima procedente aplicar el “*Test del Operador al menos tan Eficiente*”, esto de conformidad con las mejores prácticas internacionales y según lo recomendado por la COPROCOM en su Opinión OP-02-2012.

Respecto al empleo de este tipo de test se considera pertinente referir lo que al respecto ha indicado la Comisión Europea²²:

“Para evaluar la alegación de una conducta exclusionaria basada en precios se debe tomar como base la premisa de que en general sólo una conducta que excluiría a un competidor hipotético “al menos tan eficiente” es abusiva. El operador “al menos tan eficiente” es un competidor hipotético que tiene el mismo nivel de costos que la compañía dominante. La exclusión de un competidor “al menos tan eficiente” sólo puede en general ser el resultado de que la compañía dominante opere con precios bajo sus propios costos.

...

La pregunta a ser respondida es si la compañía dominante por sí misma estaría en la capacidad de sobrevivir a dicha conducta exclusionaria en el caso de que ella fuera el objetivo de la misma... Si del análisis del esquema de precios de la compañía dominante se llega a la conclusión de que un competidor “al menos tan eficiente” puede competir con la compañía dominante, la Comisión normalmente llegará a la conclusión de que el esquema de precios no es abusivo (puerto seguro). Si sin embargo, un competidor “al menos tan eficiente” no puede competir con la compañía dominante, la Comisión considerará que la conducta tiene la capacidad de excluir a los competidores. Si, por el contrario, un competidor al menos tan eficiente no puede competir con la firma dominante, la Comisión considerará que la conducta tiene la capacidad de afectar la competencia...”

En uno de los últimos casos resueltos por la Comisión Europea²³ en materia de estrechamiento de márgenes, la disputa entre Wanadoo España y Telefónica España, ha indicado lo siguiente en relación con el test del competidor al menos tan eficiente:

“Un estrechamiento de márgenes puede ser demostrado al mostrar que las operaciones minoristas de la compañía dominante no podrían desarrollarse rentablemente sobre la base del precio mayorista cargado a sus competidores en la división de operaciones mayoristas de la compañía dominante (test del competidor al menos tan eficiente)...”

El efecto negativo del estrechamiento de márgenes puede ser descrito en términos de la eliminación de los competidores que pueden proveer el servicio minorista de manera tan eficiente como la firma dominante. Por consiguiente el test relevante es si Telefónica [o del operador investigado] podría estar en la posibilidad de haber ofrecido el servicio a nivel minorista sin incurrir en pérdidas si, durante el período bajo investigación, hubiera tenido que pagar el precio de acceso cargado a sus competidores en el mercado mayorista como una transferencia interna de sus propias operaciones minoristas”.

Argumentos similares habían sido planteados por la Comisión Europea²⁴ en la resolución del caso de Deutsche Telekom AG, donde había indicado lo siguiente:

“El estrechamiento de márgenes existe si el cargo a ser pagado a DT [Deutsche Telekom AG] por concepto de acceso mayorista, tomando conjuntamente cargos mensuales y cargos no recurrentes, son tan caros que los competidores son forzados a cargar a sus propios usuarios finales precios mayores que los precios que DT carga a sus propios usuarios finales por servicios similares. Si los cargos

²² European Commission. (2005). *DG Competition discussion paper on the applications of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*. Brussels, Belgium. Pág. 19-20.

²³ Commission of the European Communities. (2007). *Commission Decision of 04.07.2007 relating to a proceedings under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/38.784 – Wanadoo vs. Telefónica)*.

²⁴ Comisión Europea. (2003). *Commission Decision of 21 May 2003 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-1/37.451, 35.578, 37.579-Deutsche Telekom AG)*. Official Journal of the European Union L 263 (2003/707/EC)

mayoristas son mayores que los cargos minoristas, los competidores de DT, incluso si son al menos tan eficientes como DT, no podrían nunca tener una rentabilidad, porque sobre el tope del cargo mayorista que deben cancelar a DT también tienen otros costos como mercadeo, facturación, entre otros”.

A partir de lo anterior se concluye que el objetivo del test del competidor al menos tan eficiente es auto-imputar a la empresa investigada, en este caso el ICE, sus propios costos minoristas, junto con los cargos mayoristas, que debió haber enfrentado dicha empresa para intentar replicar la conducta (promoción) investigada en el caso de que hubiera sido un competidor no-dominante del mercado. Esto pretende determinar si la propia empresa hubiera podido enfrentar, sin incurrir en pérdidas, la conducta que por ella misma ha sido desplegada y se encuentra en proceso de estudio.

Para calcular este test se parte de la siguiente información:

- Los costos mayoristas aprobados por la SUTEL para terminación y originación de telefonía móvil en la red del ICE (folios 695 al 696).
- El costo de una llamada on-net obtenido del Modelo Móvil de la SUTEL (folios 693 al 702).
- ARPU (ingreso promedio mensual por usuario por sus siglas en inglés) de la promoción investigada, es decir, los ingresos promedio por usuario (folios 145 al 149 y 541 al 543).
- Los datos reales de consumo aportados por el ICE para la promoción investigada (folios 145 al 149 y 541 al 543).
- Los datos de distribución tráfico aportados por los operadores móviles del mercado (folios 141 al 151, 219 al 221, 245 al 248, 249 al 251, 389 al 405, 412 al 420, 422 al 423 y 429 al 432, 697 al 698).

A partir de la anterior información se construye el Test del Competidor al menos tan eficiente, como se indicó dicho test se construye a partir de los costos del ICE, pero suponiendo que éste hubiera tenido que enfrentar el cargo de interconexión, siendo que de acuerdo con la CMT²⁵ se espera que $P \geq a + C_{red} + C_{min}$. En ese sentido, este Test se construye partiendo del hecho de que la promoción fue realizada tanto para llamadas on-net como off-net, ya que esta sería la forma en que la misma hubiera sido desplegada por uno de los competidores del ICE, de conformidad con lo previamente analizado.

Así se procede a estimar la rentabilidad de la promoción vista desde la perspectiva de un “competidor al menos tan eficiente” como el ICE, para lo cual se emplean datos reales del ARPU (average revenue per user) de la promoción aquí investigada, datos reales de consumo por usuario (llamadas y SMS) de la promoción aquí investigada, costo de interconexión, costo de las llamadas y SMS off-net y on-net (obtenido del Modelo de Costos Regulatorios del ICE), distribución de tráfico on-net y off-net (obtenido de los datos de tráfico suministrado por los otros operadores móviles del mercado), a partir de lo anterior se construye el “Test del Competidor al menos tan Eficiente” el cual se encuentra contenido en la siguiente Tabla.

²⁵ Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. (2007). *Resolución por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.* Acuerdo de la sesión N° 27/07 del 26 de julio de 2007. España.

Tabla 7
Promoción Chip Extremo y Chip SMS Extremo: Test del Operador Eficiente

Ingresos y costos en colones, tráfico y SMS en cantidad

| Variable | nov-11 | dic-11 | ene-12 | feb-12 | oct-12 | nov-12 |
|--|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| Chip Extremo | | | | | | |
| ARPU (colones) | | | | | | |
| Llamadas (minutos) | | | | | | |
| <i>Cantidad Llamadas (minutos)</i> | | | | | | |
| <i>On-net</i> | | | | | | |
| <i>Off-net</i> | | | | | | |
| Costo terminación móvil (colones/minuto) | | | | | | |
| Costo originación móvil (colones/minuto) | | | | | | |
| Costo Llamadas On-Net (colones/minuto) | | | | | | |
| Costo Total Llamadas (colones) | | | | | | |
| SMS (cantidad) | | | | | | |
| <i>Cantidad SMS</i> | | | | | | |
| <i>On-net</i> | | | | | | |
| <i>Off-net</i> | | | | | | |
| Costo terminación SMS (colones/SMS) | | | | | | |
| Costo originación SMS (colones/SMS) | | | | | | |
| Costo SMS On-Net (colones/SMS) | | | | | | |
| Costo Total SMS (colones) | | | | | | |
| Rentabilidad (colones) | | | | | | |
| <i>Rentabilidad Llamada</i> | | | | | | |
| <i>Rentabilidad SMS</i> | | | | | | |
| Chip SMS Extremo | | | | | | |
| ARPU | | | | | | |
| SMS (cantidad) | | | | | | |
| <i>Cantidad SMS</i> | | | | | | |
| <i>On-net</i> | | | | | | |
| <i>Off-net</i> | | | | | | |
| Costo terminación SMS (colones/SMS) | | | | | | |
| Costo originación SMS (colones/SMS) | | | | | | |
| Costo SMS On-Net (colones/SMS) | | | | | | |
| Costo Total SMS (colones) | | | | | | |
| Rentabilidad (colones) | | | | | | |
| <i>Rentabilidad SMS</i> | | | | | | |

Fuente: Elaboración propia a partir de la información contenida en el expediente SUTEL OT-212-2011.

La información contenida en la Tabla anterior evidencia que en los meses de noviembre 2011, diciembre 2011, octubre 2012 y noviembre 2012 la promoción “*Chip Extremo*” tenía una rentabilidad negativa desde la perspectiva de un “competidor al menos tan eficiente”, lo que implica que en dichos meses un competidor al menos tan eficiente como el ICE no podría haber replicado la promoción “*Chip Extremo*” sin haber incurrido en pérdidas.

Un análisis mucho menos elaborado arrojaría las mismas condiciones, así si se procede simplemente a comparar el precio efectivo promedio con el cargo de interconexión se encuentra que el margen para llamadas que obtiene el operador con la promoción “*Chip Extremo*” ronda en promedio los 4,54 colones/minuto y los 0,60 colones/SMS. Eso implica que el operador sólo contaría con un margen de 4,54 colones en el caso de las llamadas y de 0,60 colones en el caso de los SMS para cubrir sus propios costos de prestación del servicio.

Tabla 8

Promoción Chip Extremo: Análisis de Estrechamiento de Márgenes, Nov-2011 a Feb-2012 y Oct-Nov 2012

| Variable | nov-11 | dic-11 | ene-12 | feb-12 | oct-12 | nov-12 |
|----------------------------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| Precio Promedio | | | | | | |
| Llamadas | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| SMS | | | | | | |
| Cargo interconexión | | | | | | |
| Llamadas | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| SMS | | | | | | |
| Margen | | | | | | |
| Llamadas | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| SMS | | | | | | |

Fuente: Elaboración propia a partir de la información contenida en el expediente SUTEL OT-212-2011.

En el caso de la promoción “*Chip SMS Extremo*” no se encuentra que la misma haya producido un estrechamiento de márgenes.

7.5.3. Sobre el objeto o efecto de la práctica

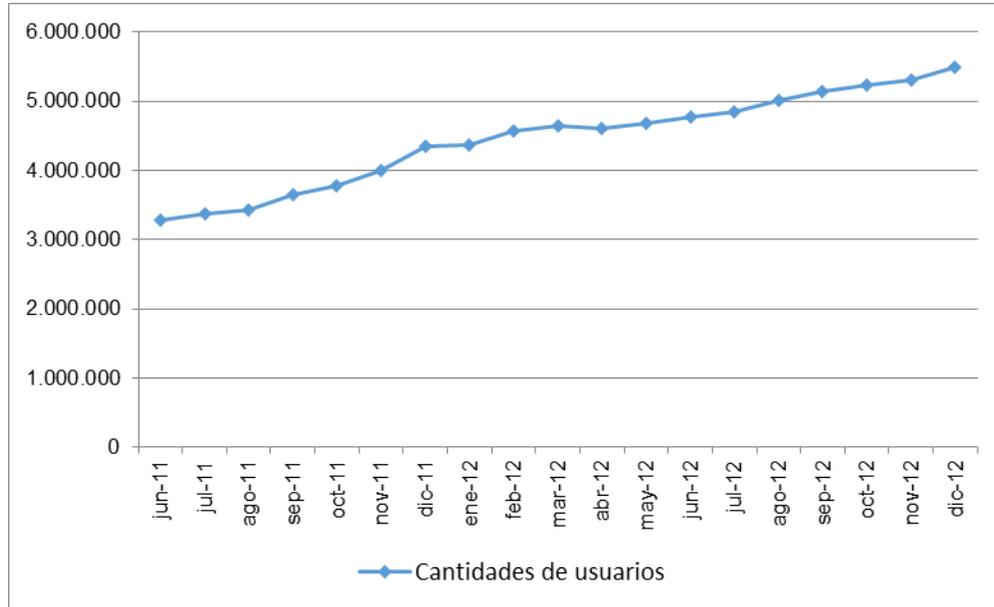
Igualmente, de conformidad con lo definido en el artículo 54 inciso j) de la Ley 8642, para determinar si la conducta aquí investigada tenía como fin procurar la salida de los operadores o proveedores del mercado o implicar un obstáculo para su entrada, es necesario tener en cuenta lo que de seguido se detalla.

7.5.3.1. Sobre el efecto de la conducta investigada.

En lo referente a la valoración del posible efecto de una práctica monopolística la Comisión Europea²⁶ ha indicado que “*no se considera necesario demostrar que los competidores han abandonado el mercado para demostrar que ha existido un cierre anticompetitivo del mismo*”.

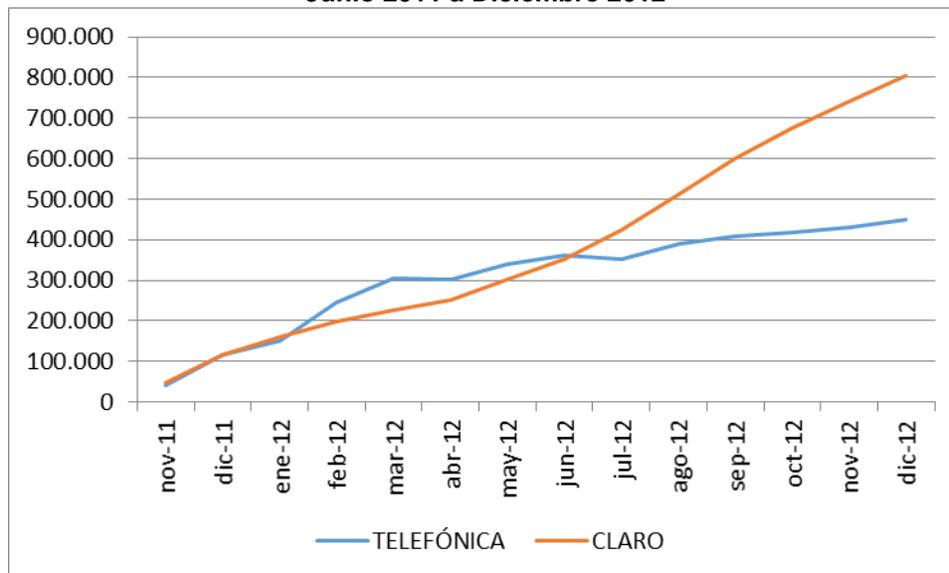
Para valorar el posible efecto de la conducta investigada en el mercado se considera pertinente analizar la evolución que ha tenido el mercado de telefonía móvil en el período analizado.

²⁶ Comisión Europea. (2009). *Comunicación de la Comisión- Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*. Diario Oficial de la Unión Europea (2009/C 45/02).

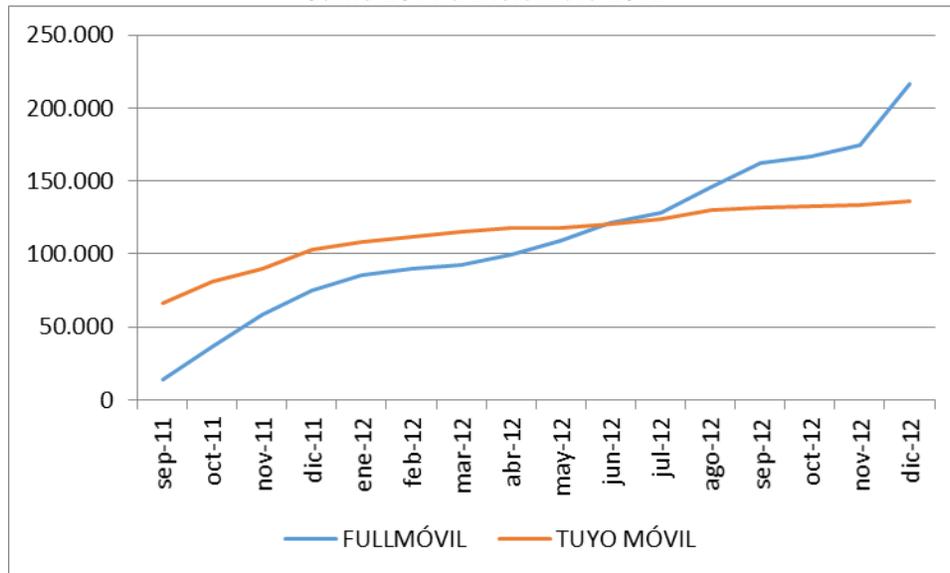
Gráfico 4
Servicio de Telefonía Móvil: Evolución de la Cantidad de Usuarios del Servicio, Junio 2011 a Diciembre 2012


Fuente: Elaboración propia a partir de datos del expediente SUTEL OT-212-2011.

En más detalle se puede ver el comportamiento particular que han tenido en el período los competidores del ICE, para ello se grafican por separado las tendencias de los operadores móviles de red y los operadores móviles virtuales.

Gráfico 5
Servicio de Telefonía Móvil: Evolución de la Cantidad de Usuarios del Servicio, Junio 2011 a Diciembre 2012


Fuente: Elaboración propia a partir de datos del expediente SUTEL OT-212-2011.

Gráfico 6
Servicio de Telefonía Móvil: Evolución de la Cantidad de Usuarios del Servicio, Junio 2011 a Diciembre 2012


Fuente: Elaboración propia a partir de datos del expediente SUTEL OT-212-2011.

Los gráficos anteriores evidencian que durante el período de la promoción aquí investigada los otros operadores del mercado sí lograron captar usuarios. Sin embargo, respecto a este tema valora este Órgano que debe ser considerado el hecho de que la coyuntura del mercado durante el período investigado era de expansión generalizada para todos los agentes del mercado, tal que el crecimiento observado en el mercado es consecuencia de dicha circunstancia particular, lo que de algún modo podría venir a encubrir un posible efecto adverso en los nuevos operadores del mercado.

En relación con dicho tema el ICE manifestó en su escrito de conclusiones lo siguiente (folios 3046 al 3050):

“Se evidencia asimismo del Informe realizado por la SUTEL [Estadísticas del Sector Telecomunicaciones Informe 2010-2012 Costa Rica] que los beneficios del crecimiento en el mercado móvil lo han recibido especialmente las empresas entrantes como Telefónica, al indicarse en la página 28 que, mientras en el 2011 tan solo el 10% de los suscriptores móviles activos estaban con operadores distintos al ICE, al cierre del 2012 este porcentaje ascendió al 21%.

La jurisprudencia nacional en Derecho de Competencia (Ver Voto 05-2013 de la Comisión para Promover la Competencia del 26 de febrero de 2013, aportado como prueba documental número 34) señala la participación de mercado como uno de los elementos más significativos para evaluar un eventual impacto en el mercado por la realización de prácticas comerciales por parte de los distintos agentes del mismo.

En razón a los anterior, y tomando como base la información descrita en la Tabla del punto 1.1 del oficio número 3911-SUTEL-DGM-2013 del 08 de agosto de 2013 que consta a folio 693 del expediente, es fácil deducir que la estrategia comercial del ICE no afectó el crecimiento de Telefónica para el periodo que comprende del mes de diciembre 2011 al mes de diciembre 2012, pues en dicho lapso, Telefónica registró aumentos en la cantidad de usuarios activos en telefonía móvil de hasta un 8,23%, mientras que

el ICE ha registrado variaciones negativas, que alcanzan el -4.81%...

Al respecto, durante los años 2011 y 2012, la empresa Telefónica presentó crecimiento de clientes durante todos los meses del año...

Del cuadro anterior se puede inferir que del mes de diciembre del 2011 al mes de diciembre del 2012, la empresa Telefónica a través de su marca Movistar creció un 268%, siendo que durante los meses en los que el ICE realizó las promociones imputadas en el presente proceso, -noviembre del 2011 a febrero del 2012-, Telefónica logró colocar en el mercado 224.009 clientes.

Por lo tanto, la cuota de mercado de Telefónica ha ido aumentando hasta diciembre del 2012.

...

Por su parte, la empresa Claro también ha presentado un crecimiento continuo de clientes durante todos los meses del año 2012 y desde sus inicios de operación...

De igual forma, del cuadro anterior se puede deducir que el crecimiento de Claro a partir de diciembre del 2011 y hasta el mes de diciembre del 2012, fue de un 601%, y que dicho crecimiento existió también durante los meses de las promociones realizadas por el ICE, -noviembre del 2011 a febrero del 2012-, y fue de 197.605 clientes.

Por lo tanto, la cuota de mercado de Claro ha ido también aumentando hasta la fecha...

Con todo lo anterior, se demuestra que no ha existido afectación alguna a las empresas competidoras del ICE ni al mercado en su generalidad, sino muy por el contrario, desde su entrada al mercado, las empresas Telefónica y Claro han crecido tanto en cantidad de clientes como en cuota de mercado, siendo que más bien ha sido el ICE el que ha perdido parte de su cuota a favor de dichos operadores.

Por lo tanto, no se ha demostrado la existencia de la causal establecida en el inciso i) del artículo 54 de la LGT".

Así se puede concluir que el ICE plantea que el hecho de que las empresas CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. y TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. hayan crecido durante el período de investigación de la conducta aquí investigada implica que la promoción Chip Extremo no ha tenido efectos negativos en el mercado.

Por su parte, la empresa denunciante, TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., estima lo siguiente en relación con la afectación que ha tenido la conducta aquí investigada y los argumentos del ICE respecto a dicho tema (folios 3108 al 3111):

"2) Obstaculización y retraso a la entrada de nuevos operadores

La magnitud de este efecto solo puede ser entendida si se toma en consideración el contexto en el cual se lanzó la primera promoción "Chip Extremo". Esta promoción se lanza en el momento en el cual estaban entrando los dos nuevos operadores; es decir en el momento en el cual la captación de clientes se esperaba fuese más significativa; pues los operadores entrantes realizaban fuertes inversiones en publicidad y mercadeo y ofrecían sus nuevos servicios y las variantes de los mismos a los usuarios.

Sin embargo el ICE lanza una "promoción" con precios tan bajos que les imposibilitaba lanzar una oferta para contrarrestar la promoción del ICE. Debe resaltarse, que a efectos de lograr replicar la promoción Chip Extremo los operadores entrantes deben lanzar una promoción any-net, por cuanto una promoción on-net no es igual de atractiva, en virtud del tamaño de sus redes comparadas con la red del ICE. De forma tal que todo el esquema y la estrategia de los nuevos operadores respecto al segmento del mercado de mayor crecimiento que es el prepago, se cae en virtud de una promoción a precios predatorios que no pueden contrarrestar debido al cargo de interconexión por terminación (margen inferior) y el estrechamiento de márgenes existente. Los operadores

pueden intentar y han lanzado promociones any-net para tratar de que el ICE no los saque del mercado, sin embargo estas promociones no son financieramente sostenibles, por cuanto les llevan a incurrir en pérdidas.

Debemos también destacar que el ICE con los planes CHIP Extremo captó una cantidad significativa de clientes, por lo que se benefició de su esquema anticompetitivo. Si bien el acceso al expediente administrativo ha sido parcial a mi representada por cuanto no se ha puesto a disposición nuestra la cantidad de clientes captados por las promociones CHIP extremo de Noviembre de 2011, lo cierto del caso es que la SUTEL afirmó que la cantidad de clientes captados parecían indicar que dicha promoción tuvo un impacto significativo en el mercado de telefonía móvil (folio 486 del expediente administrativo).

Este efecto es todavía más evidente cuando se analiza la información visible a folio 731. De conformidad con esta información el ICE- un operador ya consolidado que tiene años de prestar servicios- captó un total de 466,050 usuarios del servicio prepago en el período de Setiembre del 2011 a Diciembre de 2011 (coincide con el período en el cual se lanzó la primer promoción Chip Extremo). Mientras que Telefónica captó 108,898 usuarios prepago y Claro captó 93,815 usuarios prepago. Es decir, la suma del total de usuarios del servicio de telefonía móvil prepago captados por Telefónica y Claro fue tan solo el 43.49% de los usuarios del servicio prepago captados por el ICE; pese a toda la campaña de publicidad masiva, las ofertas lanzadas, y el ambiente favorable hacia los dos nuevos entrantes.

...

Asimismo, para la segunda versión del CHIP Extremo de Octubre y Noviembre de 2012 se desprende que se captaron una cantidad de casi 200.000 clientes (folio 541 del expediente administrativo). Así pues, es posible concluir que hubo una limitación importante al crecimiento del resto de los operadores, por cuanto se mantuvieron cautivos una cantidad muy significativa de clientes bajo el esquema predatorio, por el espacio de 6 meses que es el plazo de los efectos de las "promociones" intimadas como conductas monopolísticas.

Esta promoción anticompetitiva obstaculizó severamente la entrada de los nuevos operadores, quienes tuvieron una captación de clientes muy por debajo de lo razonablemente esperado mediante análisis económicos. Nuevamente, el contexto en que se dio la promoción fue clave para entorpecer la entrada y esto tuvo repercusiones en el grado de concentración que mantiene el mercado de la telefonía móvil aun hoy en día.

Así las cosas, al día de hoy, más de dos años después de la entrada de los dos nuevos operadores, el mercado de la telefonía móvil en Costa Rica sigue siendo altamente concentrado.

Debemos hacer la salvedad sobre un tema en específico que podría prestarse para generar confusión. Telefónica y Claro en efecto han ganado participación en el mercado; mas no por ello se contrarresta el efecto aquí señalado. El mercado de telefonía móvil en Costa Rica, partía de un solo operador que dominaba el 100% del mercado. Con el ingreso de los Operadores Móviles Virtuales, los OMV ganaron una pequeña participación y la cuota de mercado del operador dominante se mantuvo muy por encima del 95%. Posteriormente ingresan al mercado Claro y Telefónica, con una política comercial mucho más agresiva, con muchas mayores inversiones y además con costos hundidos estrepitosos. Lo previsible con esta entrada era que los dos nuevos operadores captarían con su capacidad una gran cantidad de usuarios, y que las participaciones se balancearían desconcentrando el mercado.

En otras palabras, sin importar el contexto, se trata de un mercado en crecimiento y los dos operadores, debido a la magnitud de sus inversiones y la movilización de sus recursos, captarían usuarios y aumentarían su participación en el mercado. No obstante las conductas del ICE han derivado en que esta captación de usuarios y la incursión de los operadores al mercado se haya entorpecido y obstaculizado al punto de que el ICE, dos años después de la apertura sigue siendo un operador superdominante" (lo destacado es intencional).

Respecto a lo anterior, entiende este Órgano, como se indicó de previo que el simple crecimiento del mercado no se puede tomar como un elemento que justifique por sí mismo que la conducta investigada no haya tenido efectos negativos en el mercado, esto en cuanto el período analizado tiene una coyuntura tal que implica un crecimiento por parte del resto de operadores del mercado.

En ese sentido, se considera pertinente analizar más bien si la promoción investigada pudo haber afectado el crecimiento esperado de los nuevos operadores del mercado, es decir si esta promoción pudo tener el efecto de desplazar indebidamente otros competidores del mercado, impedir sustancialmente el acceso de otros competidores del mercado o bien establecer barreras de entrada. Respecto a dicho tema se tiene que no consta en el expediente información referente a proyecciones hechas por los nuevos operadores del mercado en relación con la captación de clientes que esperaban para sus primeros años de ingreso al mercado. Con lo cual no es posible determinar si estas proyecciones de crecimiento y/o cuota de mercado se vieron afectadas negativamente o no en el período de la promoción aquí investigada. En relación con dicho tema la única prueba que aporta la empresa denunciante es el estudio del testigo-perito Arturo Briceño el cual indica que a partir del Modelo de Competencia de Cournot se esperaba que para el cuarto mes de operación de las empresas CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. y TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. ambas deberían haber alcanzado una cuota de mercado de un 33% cada una (folios 2518 al 2519).

Respecto a dicho Informe considera este Órgano que el Modelo de Cournot es un modelo de referencia teórico, siendo que el testigo-perito Arturo Briceño concluye que la cuota de mercado de cada uno de los competidores será de 33% simplemente al suponer que las estructuras de costos de los tres operadores del mercado son las mismas y al dividir la producción total entre el número de firmas, que en este caso es de tres. Sin embargo, por las limitaciones de un modelo teórico y por el hecho de que se requiere el **cumplimiento de una serie de supuestos** para que este sea válido²⁷, estima este Órgano que la proyección presentada por el testigo-perito Arturo Briceño no es adecuada al menos en el corto plazo, siendo que bien se podría esperar que a largo plazo el mercado pudiera tender hacia un equilibrio de esa naturaleza.

Aparte de dicha predicción, la información que consta en el expediente respecto a dicho tema es la aportada por el ICE en relación con las proyecciones de la Rectoría de Telecomunicaciones (RETEL) sobre la expansión de los nuevos operadores móviles que se esperaba que ingresaran al mercado, estas proyecciones fueron hechas en el año 2009 (folios 1965 al 1969) y las mismas indicaban que se esperaba que para el primer año de la apertura del sector la cuota de mercado del ICE fuera de un 92%, mientras que dicha cuota debería haber bajado a un 72% cuatro años de la apertura.

Al contrastar estos datos con la realidad se encuentra que las proyecciones hechas para los nuevos operadores móviles fueron superadas por muy poco, siendo que a tan sólo un año de haber ingresado los nuevos operadores al mercado (diciembre de 2012), la prueba aportada al expediente indica que los nuevos operadores habían alcanzado una cuota de mercado conjunta de 29%.

A partir de dichas proyecciones, que son las únicas que constan en el expediente, estima este Órgano que parece ser que el crecimiento de los nuevos operadores móviles del mercado parece no haberse retrasado por algún motivo.

Sin embargo, como ya se apuntó, entiende este Órgano que el simple crecimiento del mercado no se puede tomar como un elemento que justifique por sí mismo que la conducta investigada no haya tenido efectos negativos en el mercado.

Asimismo, se considera pertinente destacar el hecho de que una conducta de un agente con poder de mercado no necesariamente debe llevar a la eliminación de un competidor o un grupo de ellos para que se considere anticompetitiva. Más aún la eliminación de la competencia en perjuicio de los usuarios es la situación que busca evitar el Derecho de la Competencia. Es por lo anterior que la misma Ley 8642 reconoce que para que una conducta se considere anticompetitiva, en los términos del artículo 54 de dicho cuerpo normativo, debe tener bien sea el efecto (haber logrado un desplazamiento indebido de la competencia), bien sea el objeto (haber tenido la intención de desplazar indebidamente a la competencia) de ser contraria a la competencia.

²⁷ Varian, H. (1999). Microeconomía Intermedia. Antoni Bosch, Editor. España. Páginas, 490-496.

En relación con este tema la COPROCOM indicó en su Opinión 017-2014 lo siguiente:

“En el procedimiento se evidencia que, durante el período de la promoción investigada los otros operadores del mercado lograron captar usuarios. Esta situación puede valorarse desde dos perspectivas: La instancia de la SUTEL considera que de algún modo, la coyuntura del mercado durante el periodo investigado, (expansión generalizada para todos los agentes del mercado) podría venir a encubrir un posible efecto adverso en los nuevos operadores del mercado, considerando que el crecimiento observado en el mercado es consecuencia de dicha expansión. No obstante, el crecimiento de la cuota de mercado de los nuevos operadores durante el periodo en estudio, puede ser igualmente apreciado como un atenuante de la conducta anticompetitiva, considerando que sus efectos no fueron lo suficientemente adversos para provocar la salida del mercado de un competidor, u obstaculizar su entrada al mismo”.

7.5.3.2. Sobre el objeto de la conducta investigada.

En lo relativo a la valoración del objeto de la conducta investigada estima este Órgano pertinente valorar los siguientes elementos: conocimiento sobre el hecho de que la promoción podía llegar a ser anticompetitiva, el hecho de que el precio no es un factor importante para la estrategia de ventas del ICE, el momento en que se desarrolla la promoción y duración de la promoción.

7.5.3.2.1. Conocimiento del hecho de que la promoción podía llegar a ser anticompetitiva.

Como se analizó en una sección anterior no se tiene claro a partir de lo manifestado por el ICE en la comparecencia cuál era el objetivo central de la promoción “Chip Extremo”, es decir si era la captación de nuevos clientes o bien la retención de clientes actuales, aunque puede inferir este Órgano a partir del escrito de conclusiones del ICE y de la declaración de los testigos Chaves Víquez y Vargas Naranjo que el ICE lo que perseguía era defender su posición en el mercado ante el ingreso de nuevos entrantes, a los cuales sentía como una amenaza dado que estos eran parte de transnacionales con operaciones en muchos países latinoamericanos. Lo anterior se constata a partir de las siguientes manifestaciones:

- [REDACTED]” (Cynthia Chaves Víquez, folio 3279).
- [REDACTED]” (Isaac Vargas Naranjo, folio 3270 al 3071).
- *“Con la realización de promociones durante los meses de noviembre y diciembre del 2011 y principios del 2012, el ICE hizo efectivo su derecho a competir... respondiendo a una circunstancia trascendental para la Institución y para el país mismo, cual era, el rompimiento de un monopolio de casi 50 años por la entrada de dos de las empresas de telecomunicaciones con más presencia comercial en los países de Latinoamérica a un mercado que hasta ese momento había sido únicamente servido por el ICE, el cual debía por primera vez enfrentar competencia de empresas privadas manteniendo su condición de institución pública con las desventajas a nivel de gestión que ello implica... Con lo anterior se demuestra que la realización de las promociones por parte del ICE en el mes de diciembre de 2011 fue una estrategia totalmente justificada que respondió a la entrada de grandes empresas con presencia internacional, entre ellas la empresa denunciante que hizo evidente una alta agresividad comercial al implementar una estrategia de prescripción de clientes a quienes les ofreció precios de por vida” (Escrito de Conclusiones del ICE NI-10296-13, aquí analizada era el siguiente folios 3038 al 3041).*

A partir de lo desarrollado de previo se concluye que la promoción aquí investigada se concibió con el

objeto de defenderse del ingreso de los nuevos entrantes y de mantener la posición que el ICE ostentaba en ese momento en el mercado. Respecto a tipo de defensa la Comunidad Europea²⁸ ha indicado que *“en caso de conductas relativas a precios por debajo del costo medio evitable la defensa de hacer frente a la competencia [meeting competition defense] no puede ser normalmente empleada. Precios por debajo del costo medio evitable no son general ni apropiados ni indispensables para minimizar las pérdidas de la compañía dominante. En caso de los abusos relacionados con precios por encima del costo medio evitable la defensa de hacer frente a la competencia sólo puede ser usada si todas las condiciones del test de proporcionalidad descrito en párrafos previos son satisfechas [1- la conducta elegida debe ser apta para alcanzar un objetivo legítimo, 2- la conducta debe ser indispensable tal que el objetivo legítimo no puede ser alcanzado con alternativas similares pero menos anticompetitivas, 3- se debe demostrar que la respuesta para hacer frente a la competencia es una respuesta proporcionada al objetivo], lo que en general es considerado improbable”*.

En general las autoridades de competencia consideran que en el estrechamiento de márgenes no es aceptable como defensa para hacer frente a la competencia. Solo podría ser aceptada en casos muy específicos mediante la demostración por parte de la empresa denunciada de una serie de factores que comprueben que dicha conducta era no sólo apta sino también indispensable y proporcionada.

En el presente caso se considera pertinente valorar el hecho de si el ICE tenía conocimiento de que la promoción Chip Extremo podría implicar que dicho Instituto estuviera operando por debajo de costos. Para ello es necesario valorar lo referente al diseño previo al lanzamiento de la promoción, en este sentido si bien los testigos Chaves Víquez y Vargas Naranjo indican que [REDACTED], lo cierto del caso es que la promoción aquí analizada podía resultar anticompetitiva dependiendo del nivel de consumo que hicieran los usuarios del bono promocional regalo por el ICE. En virtud de lo anterior, las estimaciones previas de consumo de los bonos regalados se vuelven vitales para determinar si el ICE conocía o no que la promoción aquí investigada podía eventualmente resultar anticompetitiva.

Respecto a las estimaciones previas de consumo de los bonos regalados por el ICE los testigos Vargas Naranjo y Chaves Víquez indicaron que esta había sido estimada [REDACTED], respectivamente. Esta información es consistente con la aportada por la empresa denunciante referente a sus propios patrones de consumo de los bonos promocionales, los cuales indican que [REDACTED]

A partir de los datos indicados por los testigos del ICE se procedió a calcular el precio esperado de la promoción Chip Extremo a partir de los pronósticos previos al lanzamiento de dicha promoción, esta información se resume en la siguiente Tabla.

²⁸ European Commission. (2005). *DG Competition discussion paper on the applications of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*. Brussels, Belgium. Pág. 19-20.

Tabla 9
Promoción Chip Extremo: Cálculo de Precios Esperados Reales por el ICE antes del Lanzamiento de la Promoción

| Navidad Kölbi | | | | |
|---|-------------------------|-----------------|-------------------------|-----------------|
| Características de la promoción | | | | |
| Porcentaje Consumo Bono Promocional por el Usuario | Bono Suscripción | | Bono Suscripción | |
| | Recarga Inicial | Bono Bienvenida | Recarga | Bono Mensual |
| | 1.500 | 6.000 | 1.000 | 4.000 |
| | Precio efectivo | | | |
| | Monto Efectivo | Precio Efectivo | Monto Efectivo | Precio Efectivo |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| Móntate en la Diversión | | | | |
| Características de la promoción | | | | |
| Porcentaje Consumo Bono Promocional por el Usuario | Bono Suscripción | | Bono Suscripción | |
| | Recarga Inicial | Bono Bienvenida | Recarga | Bono Mensual |
| | 1.500 | 6.000 | 1.000 | 4.000 |
| | Precio efectivo | | | |
| | Monto Efectivo | Precio Efectivo | Monto Efectivo | Precio Efectivo |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| Entrada a Clases Servicio Kölbi Prepago | | | | |
| Características de la promoción | | | | |
| Porcentaje Consumo Bono Promocional por el Usuario | Bono Suscripción | | Bono Suscripción | |
| | Recarga Inicial | Bono Bienvenida | Recarga | Bono Mensual |
| | 3.000 | 4.000 | 1.500 | 4.000 |
| | Precio efectivo | | | |
| | Monto Efectivo | Precio Efectivo | Monto Efectivo | Precio Efectivo |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |

| Chip Extremo y Kit Prepago con Chip Extremo | | | | |
|--|------------------|-----------------|------------------|-----------------|
| Características de la promoción | | | | |
| Porcentaje Consumo Bono Promocional por el Usuario | Bono Suscripción | | Bono Suscripción | |
| | Recarga Inicial | Bono Bienvenida | Recarga | Bono Mensual |
| | 3.000 | 4.000 | 2.000 | 3.000 |
| | Precio efectivo | | | |
| | Monto Efectivo | Precio Efectivo | Monto Efectivo | Precio Efectivo |
| | | | | |
| | | | | |
| | | | | |
| | | | | |

Fuente: Elaboración propia a partir de características de las promociones Chip Extremo y declaraciones de los testigos del ICE Isaac Vargas Naranjo (folio 3271) y Cynthia Chaves Víquez (folio 3274).

Los datos contenidos en la Tabla anterior indican que, con los consumos estimados por el ICE de los bonos regalados, la promoción tenía en sus primeros tres lanzamientos (Navidad Kölbi, Mõtate en la Diversión y Entrada a Clases Servicio Kölbi Prepago) precios esperados incluso por debajo del cargo de interconexión, mientras que en los últimos el otro lanzamiento dichos precios esperados eran muy cercanos al cargo de interconexión, que es la referencia que el mismo ICE emplea como el costo contra el cual deben ser comparados los precios para determinar si la promoción era anticompetitiva o no. Así las cosas, entiende este Órgano que la promoción, incluso luego de ser ajustada, fue concebida de una forma tal que un operador que intentara replicarla tuviera que operar con un margen bien negativo o en el mejor de los casos de cero.

Esto es evidencia de que el ICE conocía de previo al lanzamiento de esta promoción que la misma podía resultar anticompetitiva, dados los patrones de consumo esperados.

En relación con este tema la COPROCOM indicó en su Opinión 017-2014 lo siguiente:

“Del análisis de las estimaciones de los resultados de la promoción realizados por el ICE, se obtiene que el ICE tenía en sus primeros tres lanzamientos promocionales (Navidad Kolbi, Montate en la Diversión y Entrada a clases), precios esperados incluso por debajo del cargo de interconexión; mientras que en el otro lanzamiento dichos precios esperados estaban muy cercanos al cargo de interconexión; por lo que la DGM concluye que la promoción, incluso luego de ser ajustada "fue concebida de una forma tal que un operador que intentara replicarla tuviera que operar con un margen negativo o en el mejor de los casos de cero"(Folio 124)”.

7.5.3.2.2. Sobre el hecho de que el precio no es un factor importante para la estrategia de ventas del ICE.

Un factor indicado por el ICE en sus conclusiones y por los testigos de dicho Instituto que llama particularmente la atención a este Órgano tiene que ver con el hecho de que desde la perspectiva de esta empresa el precio no es un factor determinante de la estrategia de ventas del ICE, en ese sentido el escrito de conclusiones del ICE (folios 3043 al 3044) indica lo siguiente:

“Las razones de fidelidad que los diversos estudios de mercado han determinado versan sobre aspectos que van más allá del precio del servicio, sino que tienen que ver más con aspectos de calidad y cobertura, así como un sentimiento de apego y defensa de lo nacional.

...

Por lo tanto, los atributos de la marca kólbi denotan que está arraigada en la memoria colectiva y que su liderazgo no es solamente consecuencia de su accionar comercial para enfrentar la competencia, sino que trasciende los aspectos meramente comerciales como el precio y evidencia valores de tipo patriótico y nacionalista.

Es por esa razón que, tal y como lo confirmó la testigo Chávez Víquez en su declaración, el precio no es un elemento determinante a la hora de diseñar las promociones, sino que para el ICE, y tomando en cuenta los resultados de las encuestas realizadas, otros elementos, como los ya mencionados, cobran mayor relevancia”.

En concordancia lo anterior, los testigos del ICE manifestaron en la comparecencia oral y privada lo siguiente:

- [REDACTED]
(Isaac Vargas Naranjo, folio 3246).
- [REDACTED] (Cynthia Chaves Víquez, folio 3254).

De conformidad con las declaraciones del testigo Vargas Naranjo [REDACTED] (folio 3246). Igualmente la testigo Chaves Víquez al ser consultada sobre el hecho de si el ICE [REDACTED] (folio 3254).

La razón por la que llama la atención el hecho de que desde la perspectiva del ICE el precio no es un elemento clave en la atracción de nuevos clientes, es porque dichas afirmaciones ponen en duda la legitimidad del objetivo que perseguía el ICE al lanzar las promociones “*Chip Extremo*”, ya que estas promociones se caracterizaban por los precios bajos que ofrecían al usuario, siendo que el ICE manifiesta que no necesita ofrecer precios bajos y descuentos para captar nuevos clientes. En ese sentido encuentra este Órgano una contradicción entre el dicho del ICE en relación con el ofrecimiento de precios bajos y descuentos y la conducta desplegada en el mercado en ese sentido. Es decir, si el ICE no necesita ofrecer precios bajos para captar y/o retener clientes, parece ser que el objeto de la promoción investigada era otro.

7.5.3.2.3. Momento en que se desarrolla la promoción.

El último punto que se considera pertinente tener en cuenta tiene que ver con el hecho del momento en que se realiza la promoción, el cual coincide con el momento en el cual los nuevos operadores móviles de red hacen efectivo su ingreso al mercado. En ese sentido el ICE manifestó que implementó la promoción en ese momento con el objeto de hacer frente a la nueva competencia que iba a enfrentar en el mercado, más aún dicho Instituto indicó que con la promoción aquí investigada se pretendía responder a las estrategias promocionales anunciadas por TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. previamente a su ingreso en el mercado (folios 3038 al 3041).

Respecto a este tema la denunciante, TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. manifestó lo siguiente (folios 3108 al 3109):

“La magnitud de este efecto solo puede ser entendida si se toma en consideración el contexto en el cual se lanzó la primera promoción “Chip Extremo”. Esta promoción se lanza en el momento en el cual

estaban entrando los dos nuevos operadores; es decir en el momento en el cual la captación de clientes se esperaba fuese más significativa; pues los operadores entrantes realizaban fuertes inversiones en publicidad y mercadeo y ofrecían sus nuevos servicios y las variantes de los mismos a los usuarios.

Sin embargo el ICE lanza una "promoción" con precios tan bajos que les imposibilitaba lanzar una oferta para contrarrestar la promoción del ICE. Debe resaltarse, que a efectos de lograr replicar la promoción Chip Extremo los operadores entrantes deben lanzar una promoción any-net, por cuanto una promoción on-net no es igual de atractiva, en virtud del tamaño de sus redes comparadas con la red del ICE. De forma tal que todo el esquema y la estrategia de los nuevos operadores respecto al segmento del mercado de mayor crecimiento que es el prepago, se cae en virtud de una promoción a precios predatorios que no pueden contrarrestar debido al cargo de interconexión por terminación (margen inferior) y el estrechamiento de márgenes existente. Los operadores pueden intentar y han lanzado promociones any-net para tratar de que el ICE no los saque del mercado, sin embargo estas promociones no son financieramente sostenibles, por cuanto les llevan a incurrir en pérdidas.

Si bien, como se indicó previamente, el ICE manifiesta que el momento de lanzamiento de la promoción está totalmente justificado, no puede dejar de tener en cuenta este Órgano Director que el momento en que se lanza la primera promoción es determinante, ya que le permite al ICE captar 403.672 nuevos usuarios, en un momento en el cual los nuevos operadores esperaban tener un crecimiento significativo, sin embargo en ese período los otros cuatro operadores móviles del mercado capturaron entre todos prácticamente la misma cifra de usuarios captados por el ICE en su promoción "Chip Extremo" y "Chip SMS Extremo", siendo este total de 409.875.

7.5.3.2.4. Duración de las promociones en el mercado.

El análisis de la duración de la promoción en el mercado se puede valorar desde dos aristas, por un lado la cantidad de meses en que la promoción estuvo disponible en el mercado durante el período analizado y por otro lado la vigencia de los efectos de la promoción en el mercado.

En lo referente a la cantidad de meses que la promoción estuvo disponible en el mercado, de conformidad con la prueba que consta en el expediente se encuentra que el ICE ha lanzado esta promoción en las siguientes ocasiones:

- Navidad Kölbi: del 01 de diciembre de 2011 al 29 de diciembre de 2011 (1 mes).
- Mõntate en la Diversión: del 29 de diciembre de 2011 al 31 de enero de 2012 (1 mes).
- Entrada a Clases Servicio kölbi Prepago: 01 de febrero de 2012 al 27 de febrero de 2012 (1 mes).
- Chip Extremo y Kit prepago con Chip Extremo: 01 de octubre de 2012 al 15 de noviembre de 2012 (1 mes y medio).
- Chip Navideño y Kit Prepago con Chip Navideño: del 28 de noviembre de 2012 al 07 de enero de 2013 (1 mes) (folios 2020 al 2021).
- Verano Kölbi: del 16 de enero de 2013 al 15 de marzo de 2013 (2 meses) (folios 2096 al 2098)

Siendo que en todos los casos los efectos de la promoción en el mercado son de 6 meses. En la siguiente Tabla se muestra la duración de las distintas promociones Chip Extremo de las que tiene conocimiento este Órgano.

Tabla 10
Promociones Chip Extremo del ICE: Vigencia de las Promociones y de los Efectos en el Mercado

| Mes | Navidad Kölbi | Móntate en la Diversión | Entrada a Clases Servicio Kölbi Prepago | Chip Extremo y Kit prepago con Chip Extremo | Chip Navideño y Kit Prepago con Chip Navideño | Verano Kölbi |
|--------|---------------------------------|-------------------------|---|--|---|--------------|
| dic-11 | | | | | | |
| ene-12 | | | | | | |
| feb-12 | | | | | | |
| mar-12 | | | | | | |
| abr-12 | | | | | | |
| may-12 | | | | | | |
| jun-12 | | | | | | |
| jul-12 | | | | | | |
| ago-12 | | | | | | |
| sep-12 | | | | | | |
| oct-12 | | | | | | |
| nov-12 | | | | | | |
| dic-12 | | | | | | |
| ene-13 | | | | | | |
| feb-13 | | | | | | |
| mar-13 | | | | | | |
| abr-13 | | | | | | |
| may-13 | | | | | | |
| jun-13 | | | | | | |
| jul-13 | | | | | | |
| ago-13 | | | | | | |
| sep-13 | | | | | | |
| | Vigencia de la promoción | | | Vigencia de los efectos de la promoción | | |

Fuente: Elaboración propia a partir de la información contenida en el expediente SUTEL OT-212-2011.

La Tabla anterior evidencia que los efectos de la promoción se han mantenido prácticamente ininterrumpidamente en el mercado desde la presentación de la denuncia por parte de TELEFÓNICA COSTA RICA S.A. en el mes de diciembre de 2011 hasta la celebración de la comparecencia oral y privada del presente procedimiento administrativo en el mes de octubre de 2013.

Lo anterior llama la atención a este Órgano en cuanto a que el ICE parece haber desplegado esta promoción en el mercado no sólo en diversas oportunidades sino también de manera cíclica de tal forma que los efectos de la misma han permanecido en el mercado desde el ingreso de los nuevos operadores móviles de red y hasta la fecha de la celebración de la audiencia. Todo ello es un período de casi dos años, plazo que a nuestro criterio es muy largo para que un acto pueda considerarse solamente una promoción, siendo que este parece ser más bien una estrategia comercial de efectos continuados en el mercado, de conformidad con lo indicado por los testigos-peritos de la empresa denunciante TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., Diego Petrecolli (folios 3175 al 3177), Arturo Briceño (folios 3186 al 3187) y Pamela Sittenfeld (folios 3203 al 3207).

Si bien en opinión del ICE de que la temporalidad y duración de las promociones no es criterio que determine per se el carácter anticompetitivo de las promociones (folios 3022 al 3023), entiende este Órgano que dichas circunstancias sí son pertinentes de tener en cuenta al determinar los efectos de una promoción en el mercado. En ese sentido se considera pertinente hacer mención lo que respecto

al tema de la duración de las promociones ha indicado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de España²⁹:

“Dos son los rasgos definitorios de las promociones; por un lado, la concesión de ventajas en forma de descuentos, rebajas, regalos, primas o cualquier otro tipo de beneficio que hace el bien más atractivo para el usuario y, de otro, su carácter temporal, esto es, la limitación en el tiempo de las condiciones favorables para la compra del bien.

La temporalidad es un elemento clave para que las promociones resulten aceptables como factor explicativo de un supuesto incumplimiento del test de imputación. Y ello porque, si bien podría resultar admisible una política de precios que deje escaso margen a los competidores del incumbente si tiene corta duración y crea demanda favorece al mercado en su conjunto, ello no sería aceptable si dicha política se mantuviese de forma prolongada en el tiempo.

La fijación de unos precios que den lugar a un pinzamiento en ocasiones no es más que parte del esfuerzo para introducir en el mercado un nuevo servicio, y será legítima siempre que se limite en el tiempo y no se convierta en recurrente, no ocasionando efectos anticompetitivos en el conjunto del mercado.

Por otro lado, las promociones también pueden tener sentido para impulsar la demanda de servicios existentes. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en mercados en los que una vez que se ha logrado alcanzar a un determinado segmento de la población se quiere atraer a nuevos clientes, o relanzar un determinado servicio, o aprovechar determinadas fechas del año en las que el tirón de demanda es mayor, al existir una mayor propensión al consumo (Navidades).

Por tanto, algunos de los factores que habrán de tenerse en cuenta a la hora de juzgar una promoción como justificativa de unos precios que incumplen el test de imputación serán:

- *Su duración: cuanto menor sea la duración de los precios promocionales menores riesgos de que los mismos debiliten a los competidores igualmente eficientes y viceversa*
- *El carácter habitual (o no) de promociones similares*
- *Su contribución a impulsar la demanda de nuevos servicios, o a la creación de mercado que favorezca a todos los operadores, y en general cualquier otra justificación que resulte racional desde el punto de vista del correcto funcionamiento del mercado” (lo destacado es intencional).*

En relación con este tema la COPROCOM indicó en su Opinión OP 017-2014 lo siguiente:

“En el análisis de la duración de la promoción debe considerarse no sólo la disponibilidad de la promoción, sino también la vigencia de los efectos de la promoción en el mercado. De la información que consta en el expediente se obtiene que los efectos de la promoción se han mantenido prácticamente ininterrumpidamente en el mercado, desde la presentación de la denuncia por parte de TELEFÓNICA en el mes de diciembre de 2011, hasta la celebración de la comparecencia oral y privada del procedimiento administrativo en el mes de octubre de 2013, Así, el ICE parece haber desplegado esta promoción en el mercado no sólo en diversas oportunidades sino también de manera cíclica de tal forma que los efectos de ésta han permanecido por al menos dos años, lo que pone en evidencia más bien una estrategia comercial de efectos continuados en el mercado”.

Es importante indicar que la doctrina en competencia reconoce la diversa incidencia que una misma conducta tiene sobre la competencia si quien la realiza disfruta de una posición de dominio en el mercado o es un competidor sin poder. Así, una conducta que puede ser considerada inocua si es practicada por una empresa sin poder, puede debilitar la competencia si es realizada por una

²⁹ Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. (2007). Resolución por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Acuerdo de la sesión N° 27/07 del 26 de julio de 2007. España.

empresa con poder en ese mercado. Como consecuencia una empresa dominante tiene, por serlo, una especial responsabilidad en su comportamiento, que no tienen las empresas no dominantes.

No obstante, es opinión de esta Comisión que el ostentar una posición de dominio no puede privar a la empresa que lo ostenta del derecho de preservar sus propios intereses comerciales cuando estos son atacados, por lo que debe contar, en una medida razonable con la facultad de realizar los actos que juzga apropiados con miras a proteger dichos intereses siempre que tales comportamientos no tengan por objeto el reforzar el poder sustancial a través de medios que atentan contra la libre competencia.

En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado, para apreciar si es justificable un comportamiento realizado por una empresa con posición dominante en el mercado, lo siguiente:

"Puede afirmarse que, para juzgar si estamos ante un abuso de posición dominante o si, por el contrario, se trata de un comportamiento legítimo derivado del espíritu de la empresa con posición de dominio, debemos analizar si su conducta fue objetivamente necesaria para la defensa de sus intereses. V este análisis exige tener en cuenta si la empresa actuó de la misma manera a cómo lo habría hecho en una situación de competencia normal y suficientemente eficaz o si, por el contrario, utilizó medios desproporcionados para defenderse de sus competidores aprovechando que la competencia se encontraba restringida por su presencia en el mercado".

Este órgano reconoce el derecho de réplica y contestación que el ICE —como operador histórico— posee para contrarrestar las campañas promocionales de sus nuevos competidores. La sana competencia debe traducirse en mejora de precios, calidad y servicio en beneficio de los usuarios. **No obstante, como operador y proveedor con condiciones de dominio en muchos de los mercados del sector telecomunicaciones, el ICE debe prestar especial atención a la normativa de competencia, como instrumento que pretende garantizar la transparencia y buenas prácticas comerciales.** En particular, el ICE debe ser vigilante en la implementación de estrategias comerciales con efectos continuados en el mediano y largo plazo, pues éstas pueden constituir una barrera a la sana competencia. No se trata de castigar la eficiencia, sino de controlar los abusos de poder, con efectos anticompetitivos sobre los competidores, lo que en definitiva -en un horizonte temporal-, podría lesionar el legítimo derecho de los usuarios a una competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, violentando los objetivos y principios rectores de la Ley General de Telecomunicaciones (artículos 2 y 3) (lo destacado es intencional).

7.5.3.3. **Eficiencias alegadas por las Partes.**

Respecto al efecto de la conducta aquí investigada alega el ICE que la promoción Chip Extremo ha promovido la competencia, en ese sentido dicho Instituto manifiesta lo siguiente (folio

"Como sobradamente se demuestra, el mercado móvil en nuestro país ha recibido un impacto muy positivo desde la entrada de los nuevos operadores móviles, entre ellos, la empresa denunciante, y dicho efecto podemos afirmar se debe en gran parte a las promociones de ventas realizadas por las todas las empresas que operamos en el mercado. Dicho crecimiento e impacto positivo fue incluso reconocido por el testigo ofrecido por la empresa denunciante don Diego Petrecolla en la página 8 de su informe al expresar que el mercado de telefonía móvil comenzó a crecer más rápidamente a partir de la modalidad prepago y la posterior entrada al mercado de empresas competidoras al ICE, lo cual impulsó el mercado de telefonía móvil y expandió su penetración a más del ciento por ciento.

En ese sentido, apelamos a la sana crítica y buen juicio del Órgano Director para que pueda saber distinguir entre el interés público de que existan beneficios para el mercado móvil y sus consumidores, v el beneficio económico que la empresa denunciante esperaba recibir según sus propias proyecciones, las cuales podrían haber sido incorrectamente estimadas".

Respecto a dicho tema igualmente indicó la empresa denunciante, TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., lo que de seguido se detalla (folios 3121 al 3122):

“Para determinar los efectos positivos en el mercado móvil, el ICE se limitó a señalar que había existido un crecimiento en el mercado y en la participación de los operadores entrantes. Sobre este particular debe tomarse en consideración la situación contextual: se da la apertura del mercado anteriormente monopolístico de las telecomunicaciones, y entran al mercado dos empresas que ofrecen servicios novedosos y que tienen experiencia y conocimiento de este mercado. Para ello estas empresas realizaron amplias inversiones con el fin de captar la mayor cantidad de clientes posibles. Esto es importante por cuanto la tendencia previsible era hacia una mayor desconcentración del mercado y la captación de clientes por parte de los nuevos operadores que permitieran un mercado más competitivo dos años después de la apertura del mercado de las telecomunicaciones.

El aumento en la participación de Telefónica y Claro hasta la fecha de hoy no puede atribuirse como un efecto pro competitivo de las conductas denunciadas; por cuanto estos son efectos propios y naturales de la apertura del mercado y la entrada de los nuevos operadores. Por el contrario, tal y como ha sido sostenido por los expertos en economía y telecomunicaciones, las conductas denunciadas del ICE han generado efectos anticompetitivos, por cuanto han retrasado la entrada y crecimiento de los nuevos operadores, han atrasado también la reconfiguración del mercado, y representan importantes barreras de entrada artificiales para potenciales competidores; tal y como fue analizado en la octava conclusión del presente documento.

Por otra parte, existen indicios de serios efectos anticompetitivos de los planes denunciados en los Operadores Móviles Virtuales (TUYO y FULLMOVIL), quienes antes del momento de la promoción habían captado una cantidad importante de usuarios. Sin embargo, por ejemplo, en el caso de Full Móvil a partir de noviembre de 2011 perdió prácticamente la mitad de todos sus clientes según la información que consta a folio 733 del expediente administrativo, mientras que TUYO experimentó un estancamiento abrupto en su crecimiento. De ahí que, ante estos indicios de efectos anticompetitivos, consideramos importante analizar dentro del caso los efectos sobre dichos Operadores Móviles Virtuales. A la fecha, no tenemos conocimiento por ser declarado confidencial, si en la documentación entregada por los Operadores Móviles Virtuales (OMV), se demuestra el comportamiento de su "CHURN", durante el plazo de vigencia de las promociones y si el efecto fue tan importante que originó cambios en su relación comercial y contractual con el ICE. Suponemos que toda esta prueba fue solicitada por el Órgano Director en su obligación de investigar las conductas denunciadas, ya sea de oficio o a instancia de parte; pero si no es así advertimos sobre la importancia de la misma a efectos de que la solicite como prueba para mejor proveer”.

En relación con las eficiencias y efectos pro-competitivos que deben ser analizados dentro de la investigación sobre una presunta práctica monopolística relativa indica el artículo 19 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, lo siguiente:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la Sutel deberá analizar y pronunciarse sobre los elementos que aporten las partes para demostrar los efectos pro competitivos de la práctica o prácticas investigadas, tales como:

- a) La obtención de ahorros en recursos que permitan, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien al menor costo o a mayor cantidad del bien al mismo costo.*
- b) La obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente.*
- c) La disminución significativa de los gastos administrativos.*
- d) La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado.*
- e) La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura” (lo destacado es intencional).*

En igual sentido el artículo 54 de la Ley 8642 establece que para determinar la existencia de una práctica monopolística relativa *“la Sutel deberá analizar y pronunciarse sobre los elementos que aporten las partes para demostrar los efectos procompetitivos o la mayor eficiencia en el mercado*

derivada de sus acciones o cualquier otro elemento que se establezca reglamentariamente; y que producirá algún beneficio significativo y no transitorio a los usuarios finales”.

Partiendo de lo anterior este Órgano considera que las eficiencias y efectos pro-competitivos enunciados por el ICE se refieren a consecuencias propias de la apertura del sector del telecomunicaciones a la competencia y del consiguiente ingreso de nuevos proveedores al mercado, los cuales han venido a incrementar el nivel de rivalidad del mercado, favoreciendo el desarrollo de políticas comerciales enfocadas a atraer, captar y retener clientes; y no a una consecuencia directa o indirecta de la promoción aquí investigada.

En ese sentido, las eficiencias y efectos pro-competitivos enunciados por el ICE no se consideran en el presente análisis, ya que se estima, como se indicó de previo, que las mismas no son una consecuencia de la conducta aquí investigada, sino de la apertura misma del mercado de telecomunicaciones.

8. DEL CRITERIO DE LA COPROCOM

En relación con el procedimiento administrativo tramitado contra el ICE en el expediente administrativo SUTEL OT-212-2011, la COPROCOM emitió su Opinión 017-2014 del artículo tercero de la Sesión Ordinaria N° 35-2014 celebrada a las 17:30 horas del 07 de octubre de 2014:

- 1. El criterio técnico de la COPROCOM se limita al análisis de los hechos, revisión de la definición del poder sustancial y el mercado relevante implicado, consideraciones sobre la tipicidad de la práctica y análisis de eficiencias. Se advierte que la COPROCOM no puede pronunciarse sobre aspectos de forma del procedimiento seguido por la SUTEL.*
- 2. El análisis realizado por la DGM en el informe de avance del caso incluye todos los elementos necesarios para la determinación o no de la existencia de una práctica monopolística relativa. En ese sentido, se considera que el informe guarda rigor técnico y este órgano comparte en términos generales las conclusiones obtenidas.*
- 3. Este órgano considera con base en los hechos denunciados y las pruebas aportadas al expediente, que la conducta monopolística que se podría estar presentando es la de estrechamiento de márgenes, y no la depredación de precios, práctica que requiere la comprobación de la pérdidas para su ejecución. De tal forma que los hechos denunciados se enmarcarían en el inciso j) del artículo 54 de la LGT.*
- 4. Este órgano coincide en la determinación del mercado relevante aplicable al caso, que corresponde: i) Al mercado ascendente de terminación de llamadas y mensajes cortos (SMS) en la red móvil del ICE; y ii) el mercado descendente de servicio de llamadas telefónicas con origen nacional móvil y destino nacional móvil y servicio de mensajería corta (SMS) nacional.*
- 5. El ICE cuenta con poder sustancial en los mercados relevantes antes definidos, dada la participación de dicha empresa en cuanto a: i) el número de usuarios y tráfico de llamadas; ii) la característica de servicio esencial que tiene el acceso a la red móvil del ICE para cualquier otro operador de redes o proveedor de servicios de telefonía móvil; iii) el relativo escaso poder de los restantes competidores en los servicios que se analizan en el país y iv) las altas barreras de entrada. En relación con la conducta de estrechamiento de márgenes, tal como se habla indicado en la opinión OP-02-2012, la jurisprudencia nacional e internacional considera en general, que las ofertas o promociones, siempre que no sean repetitivas o por períodos prolongados, no tienen efectos anticompetitivos significativos. No obstante, del expediente remitido se obtiene que si bien las promociones tenían plazos de uno o dos meses, sus efectos se mantuvieron casi de manera permanente durante el período investigado.*
- 6. A lo anterior, debe sumarse el hecho de que la oferta difícilmente podría ser replicada por los competidores, por un lado, porque las llamadas "on-net" no resultaban, para el período de investigación, lo suficientemente atractivas dado el número relativamente bajo de clientes; y por otro lado, una estrategia comercial que incluyera las llamadas "off-net" significaba posiblemente incurrir en pérdidas.*

7. *Este órgano entiende que en ofertas como las investigadas en este procedimiento, los clientes promedio no tienen la oportunidad de utilizar todos los minutos ofrecidos, por lo que lo que finalmente los precios de las llamadas y los mensajes no terminan en la realidad siendo tan bajos. No obstante, para poder competir, los otros proveedores de servicios de telefonía móvil debían ofrecer precios inferiores o al menos iguales a los ofrecidos por el ICE a los usuarios para provocar su desplazamiento; sin embargo, resultaría imposible realizar alguna oferta lo suficientemente atractiva, en términos de precios, ya que por la asimetría en las redes significaba operar con pérdidas.*
8. *Con fundamento en lo anterior, este Órgano concluye que en este procedimiento existen los elementos esenciales que, desde una perspectiva económica, la doctrina ha distinguido para que pueda llevarse a cabo una práctica de estrechamiento de márgenes:*
 - i) *El mercado de terminación de llamadas y mensajes cortos (SMS) en la red móvil del ICE es un mercado esencial para operar en el mercado de llamadas telefónicas y servicios de mensajería corta (SMS) con origen y destino nacional móvil.*
 - ii) *La terminación de llamadas y mensajes cortos (SMS) en la red móvil del ICE es un servicio esencial controlado por una empresa verticalmente integrada y, por tanto, presente en los dos mercados de manera que es al mismo tiempo proveedor y competidor del resto de las empresas activas en el mercado llamadas y telefónicas y mensajes cortos (SMS) con origen y destino nacional móvil. Además, el ICE tiene poder sustancial en el mercado de terminación de llamadas y mensajes cortos (SMS) en su red móvil, lo que le permite estar en condiciones de reducir el margen de sus competidores que requiere el estrechamiento de márgenes; y*
 - iii) *De acuerdo al informe de la DGM, se demostró en el procedimiento que, debido a las ofertas investigadas, efectivamente existía un margen insuficiente durante algunos meses, en la prestación de servicios en el mercado descendente.*
9. *Con fundamento en lo expuesto en relación al poder sustancial de la empresa denunciada, éste órgano considera que las ofertas implementadas por el ICE durante un periodo extenso, constituyen un medio desproporcionado para defenderse de sus competidores, ya que aprovechó el poder que poseía en el mercado ascendente, para restar competencia precisamente en un periodo de transición en el que el mercado costarricense de las telecomunicaciones se sometió a un proceso de apertura.*
10. *Si bien éste órgano considera que la conducta desarrollada por el ICE no responde en principio a la implementación de eficiencias en beneficio de la competencia en el mercado, y en suma su estrategia comercial se desarrolla en forma continua por aproximadamente un año, justamente a partir del ingreso de nuevos competidores al mercado móvil, es importante que la SUTEL verifique con vista en la prueba evacuada en el procedimiento sancionatorio, que la conducta ha resultado perjudicial para la competencia en el mercado relevante determinado en los términos que establece la normativa.*
11. *El artículo 70 de la LGT establece los criterios de valoración para la imposición de posibles sanciones. Al igual que ha sido interpretado el artículo de la Ley 7472, éste órgano considera que los criterios no son acumulativos, de manera que si bien deben evaluarse todos ellos, el órgano decisor puede poner especial énfasis en aquellos que revistan una mayor vinculación con el caso”.*

Después del análisis de fondo realizado y contando con el criterio de COPROCOM, este Consejo estima que resulta suficiente para tener por demostrado que la promoción investigada se constituye como una práctica monopolística relativa en los términos de lo definido en el artículo 54 inciso j) de la Ley N° 8642.

9. DETERMINACIÓN DEL GRADO DE RESPONSABILIDAD E IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN

La potestad sancionadora de la Administración en la imposición de una obligación de pagar una multa como consecuencia de una infracción al ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, proviene del *ius puniendi* del Estado. Por lo cual, la doctrina actual reconoce que los principios aplicables al derecho penal son de aplicación, con ciertas variaciones, al derecho sancionador administrativo.

Una vez demostrados los hechos y comprobado que el ICE incurrió en una infracción administrativa es procedente determinar el grado de responsabilidad e imponerle la sanción correspondiente.

En este sentido el principio de legalidad y tipicidad impone la exigencia de que la conducta prohibida y la sanción correspondiente estén predeterminadas en la norma, tal y como lo establece el Régimen Sancionatorio desarrollado en el Título V, Capítulo Único de la LGT, específicamente el artículo 68 dispone:

Las infracciones serán sancionadas de la siguiente manera:

a) Las infracciones muy graves serán sancionadas mediante una multa de entre cero coma cinco por ciento (0,5%) y hasta un uno por ciento (1%) de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior.

b) Las infracciones graves serán sancionadas mediante una multa entre cero coma cero veinticinco por ciento (0,025%) y hasta un cero coma cinco por ciento (0,5%) de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior.

Cuando un operador o proveedor no haya obtenido ingresos brutos o se encuentre imposibilitado para reportarlos, la Sutel utilizará como parámetro para la imposición de sanciones el valor de sus activos.

En el caso de las infracciones referidas en el inciso a) del artículo anterior que, a juicio de la Sutel, revistan gravedad particular, esta Superintendencia puede imponer como sanción una multa de un uno por ciento (1%) y hasta un diez por ciento (10%) de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior, o entre un uno por ciento (1%) y hasta por un diez por ciento (10%) del valor de los activos del infractor.

En el caso de que no se pueda aplicar la sanción sobre las ventas o los activos, la Sutel utilizará como parámetro para la imposición de sanciones los ingresos presuntos del período, tomando en cuenta los ingresos brutos promedio de períodos anteriores y los ingresos promedio del período anterior de otros operadores o proveedores que desarrollen actividades económicas y comerciales similares.

Para efectos de imponer la sanción, la Sutel deberá valorar si el infractor forma parte de un grupo económico, de conformidad con lo definido en el artículo 6 de esta Ley. En este caso, la sanción será impuesta con base en el ingreso bruto o las ventas anuales, según sea el caso, de las empresas que conforman el grupo.

El artículo 70 de la LGT establece que la SUTEL aplicará las sanciones por resolución fundada en forma gradual y proporcionada tomando en consideración los siguientes criterios: a) la mayor o menor gravedad de la infracción, b) el tiempo en que se cometió la infracción, c) la reincidencia, d) el beneficio obtenido o esperado con la infracción, e) el daño causado y f) la capacidad de pago del infractor.

El artículo 176 del Reglamento a la LGT establece que:

“Las infracciones descritas en la Ley 8642, serán sancionadas conforme al artículo 68 de dicha Ley. La Sutel aplicará las sanciones por resolución fundada, en forma gradual y proporcionada, basada en los criterios establecidos en el artículo 70 de la Ley 8642.

La Sutel aplicará las sanciones por resolución fundada, en forma gradual y proporcionada, basada en los criterios establecidos en el artículo 70 de la Ley 8642.

Asimismo, la Sutel deberá respetar los principios del debido proceso, la verdad real, el impulso de oficio, la imparcialidad y la publicidad, para lo que podrá prescindir de las formas jurídicas adoptadas por los operadores o proveedores que no correspondan con la realidad de los hechos investigados.

Para la determinación del ingreso bruto anual del infractor a que se hace referencia en los incisos a) y b) del artículo 68, se estará a lo dispuesto en el artículo 5, siguientes y concordantes de la Ley de Impuesto sobre la Renta, número 7092 del 19 de mayo de 1988 y sus reformas. Lo anterior sin perjuicio de la

valoración correspondiente a la pertinencia del infractor a un grupo económico en los términos del artículo 6 y 68 de la Ley 8642.

Adicionalmente, la Sutel podrá imponer como sanción en el caso de infracciones muy graves que se refiere el inciso a) del artículo 67, el cierre de establecimientos y la remoción de equipos, en los términos del artículo 69 de la Ley 8642 (...).

Al respecto señala la doctrina, “En la aplicación de la sanción debe considerarse el llamado principio de proporcionalidad. Esto es, la adecuación entre la infracción cometida y la sanción impuesta, de forma que una infracción de carácter grave pero de menor repercusión social y con mínimos daños causados no puede ni debe acarrear la misma sanción que una infracción grave pero de gran repercusión y que suponga elevados perjuicios para otros operadores.”³⁰

Los criterios o elementos a considerar para examinar la conducta del infractor y que se establecen en la LGT, son los que el legislador considera apropiados para respetar el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicable.

9.1. Sobre los ingresos brutos

El artículo 68 de la LGT indica que las sanciones serán estimadas a partir de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior.

Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público brindan distintos servicios por lo que en aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, este Consejo estima que para efectos de imponer una multa se deben utilizar los ingresos brutos obtenidos únicamente por la prestación del servicio en la actividad específica donde se dio la práctica, es decir en el caso concreto, la telefonía móvil. No obstante, de acuerdo a los estados financieros del ICE, se tienen desagregados solo en servicios móviles.

En cuanto al periodo de los ingresos la LGT refiere al periodo fiscal anterior, que debe entenderse al momento previo de aplicar la multa, puesto que la multa como sanción debe tener un efecto disuasivo real y eficaz, y a su vez compatibilizar dicho objetivo con la capacidad de pago del infractor y en su caso del beneficio obtenido, para así garantizar la proporcionalidad de la multa que se aplique. Sin embargo, en el presente caso los ingresos se obtienen de los últimos estados financieros del ICE que constan del expediente. En este sentido y de acuerdo con los *Estados Financieros Diciembre 2011 Sector Telecomunicaciones*, suministrados el 24 de febrero del 2012 mediante documento 264-100-2012 (NI-0944-2011), para el 2011 fueron **de trescientos setenta y dos mil cero treinta y nueve mil millones de colones** (372.039.000.000).

9.2. Sobre los criterios de valoración

Después de haber determinado que el ICE incurrió en una infracción muy grave y que le corresponde una multa entre el 0,5% y el 1% de los ingresos brutos de los servicios o mercado de referencia afectado. Para definir el porcentaje dentro de dicho rango se procede a continuación a valorar cada uno de los criterios de valoración expuestos en el artículo 70 de la LGT que a saber son:

9.2.1. La mayor o menor gravedad de la infracción

Este criterio se relaciona con intencionalidad del infractor. La noción de intencionalidad en el Derecho Administrativo sancionador requiere que el sujeto responsable del hecho infractor realice la acción

³⁰ Iturriaga Gandini, (Alejandra) *et al*, “Los procedimientos inspector y sancionador en materia de telecomunicaciones con relación a las competencias de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, en *Jurisprudencia de Telecomunicaciones*, obra dirigida por Miguel Sánchez Blanco, segunda edición, editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 823.

infractora con pleno conocimiento de los elementos del injusto, de modo que se deduzca que tiene plena conciencia del propósito de infringir la norma y de provocar un daño resultado dañoso a los intereses públicos tutelados, cuya apreciación por el órgano administrativo sancionador exige que se soporte en las circunstancias objetivas concurrentes acudiendo a un mecanismo de inferencia lógico racional para afirmar su existencia, y debe quedar acreditado de modo racional y no arbitrario. Supone un plus del elemento cognoscitivo que permita apreciar un grado superior de dolo y peligrosidad que exige un mayor reproche. En resumen dos son los elementos específicos y propios de la agravante de intencionalidad: conocimiento especial o específico y reiteración o persistencia. Además se agrega el de premeditación, esto es, la existencia de un plan infractor preconcebido por el operador sancionado.

En relación al presente caso, el ICE conocía de previo al lanzamiento de la promoción que la misma podría resultar anticompetitiva, dados los patrones de consumo, ya que cualquier operador que intentara replicar la misma debería operar con un margen negativo o en el mejor de los casos de cero y el fin del ICE con la promoción “Chip Extremo” era defender su posición en el mercado ante nuevos entrantes, a los cuales sentía como una amenaza.

Adicionalmente, hay que tener presente que las prácticas monopolísticas relativas son perjudiciales al proceso de competencia y libre concurrencia, lo cual repercute en un eventual perjuicio al usuario final. En el caso concreto, se estima que el hecho de que la misma se realizara en el momento en el cual los nuevos operadores empezaron a ofrecer efectivamente sus servicios de telefonía móvil, es un elemento que debe ser tenido en cuenta.

Por las razones expuestas consideramos que en este criterio aplica como un agravante en el cálculo de graduación de la multa.

9.2.2. El tiempo en que se cometió la infracción

Este criterio está compuesto por el tiempo en que se haya producido la infracción. Opera como atenuante o agravante dependiendo de si es poco o mucho tiempo o trascendencia. Se ha considerado si afecta a un único operador o a varios.

En relación con el tiempo en el cual se cometió la infracción, se tiene por demostrado y de la información contenida en la Tabla 7 anterior se evidencia que fueron cuatro meses en los que se dio la práctica con efectos anticompetitivos, a decir, noviembre 2011, diciembre 2011, octubre 2012 y noviembre 2012, en las cuales las respectivas promociones tuvieron una rentabilidad negativa desde la perspectiva de un “competidor al menos tan eficiente”, lo que implicaba que en dichos meses un competidor al menos tan eficiente como el ICE no podría haber replicado la promoción, sin haber incurrido en pérdidas.

Ahora, si bien los efectos de la promoción se mantuvieron de manera ininterrumpida en el mercado por un período de casi dos años, es decir desde el mes de diciembre de 2011 hasta el mes de octubre de 2013 (Ver hecho probado 2.17.), del análisis realizado en el punto 7.5.2.3. visible a folio 115, se tiene que la práctica monopolística ejecutada mediante la promoción “*Chip Extremo*” tuvo una rentabilidad negativa desde la perspectiva de un “competidor al menos tan eficiente” únicamente en los meses de noviembre 2011, diciembre 2011, octubre 2012 y noviembre 2012 (Ver hecho probado 2.12.).

Como se indicó anteriormente, las promociones al ser parte de una política comercial constituyen un hecho continuado, por lo que para el análisis de la comisión de la infracción se valora todo el plazo en el cual se realizaron las promociones investigadas. En el caso del análisis de la graduación de la multa solo se considera los meses en que efectivamente las promociones tuvieron un efecto anticompetitivo, es decir, cuatro meses. En consecuencia, se estima que es poco tiempo y que debe tratarse como una atenuante.

9.2.3. La reincidencia

Este criterio hace referencia a si el infractor es primera vez que incurre en una infracción administrativa o no. La comisión de infracciones anteriores es considerada como agravante.

La reincidencia es un concepto desarrollado por el derecho penal el cual se emplea a la hora de fundamentar la pena, a efecto de que la misma resulte adecuada y proporcional a las características del hecho y a la personalidad del imputado por lo que desempeña un papel correctivo que eventualmente permite un aumento en la pena (Ver voto 996-06 de las 10:00 horas del 29 de setiembre del 2006 de la Sala Tercera). Por su parte la Sala Constitucional ha indicado que las condiciones personales del sujeto activo, *"en la medida en que hayan influido en la comisión del delito", merecen ser tomadas en consideración al fijarse la pena y ello no atenta contra el principio de culpabilidad aceptado constitucionalmente en el artículo 39.*" (Ver voto 405-93 de las 14:35 del 22 de julio de 1993)"

A nivel administrativo la reincidencia debe ser aplicada de la misma forma, en este sentido, hay que analizar si el infractor ha sido sancionado con anterioridad. En el caso concreto, a la empresa ICE no se le ha impuesto ningún tipo sanción en materia de derecho de la competencia. En consecuencia, esta circunstancia al caso concreto se aprecia como atenuante.

9.2.4. El beneficio obtenido o esperado con la infracción

Sobre el beneficio obtenido o esperado con la infracción, a partir de las declaraciones de los testigos y las conclusiones del ICE se determinó que el beneficio obtenido o esperado era defender su posición en el mercado ante nuevos entrantes, a los cuales sentía como una amenaza.

Aunado a ello, como se logró demostrar según consta en el expediente, el ICE conocía de previo al lanzamiento de la promoción que la misma podría resultar anticompetitiva, dados los patrones de consumo, ya que cualquier operador que intentara replicar la misma debería operar con un margen negativo o en el mejor de los casos de cero.

9.2.5. El daño causado

Usualmente se ha considerado como factores para evaluar los daños el volumen de facturación de los servicios afectados por la infracción, el tiempo o período de comisión de la infracción así como el alcance de los perjuicios efectivos causados a los usuarios. Se ha dicho que la intensidad del daño causado puede que no llegue a justificar la aplicación del criterio como agravante. Ello por afectar a un solo operador y no a una pluralidad o generalidad de ellos, por haberse producido en una cuantía o tiempo limitados y por haber reintegrado el infractor la suma de los daños infligidos. Ello por cuanto o siempre que por esos factores no se haya colocado al operador perjudicado directamente por la infracción en una situación de desventaja competitiva. También se ha valorado los daños causados, dado el alcance y efectos de los perjuicios para la imagen de las empresas afectadas, para la calidad de los servicios y, en general, para la competencia del sector de telecomunicaciones. Se analiza los efectos perjudiciales que tuvo para los competidores y para las condiciones de competencia en el mercado la conducta efectuada por la operadora sancionada. Esto es que aunque no se haya identificado ni dimensionado los daños causados por parte de la Administración, es posible acreditar el daño causado por los efectos en la competencia.

En relación al daño causado hay que tener presente el momento en el cual se realiza la conducta investigada, es decir, que inicia en noviembre del 2011.

El primer lanzamiento de las promociones investigadas Chip Extremo y Chip SMS Extremo se

presenta en el mes de noviembre de 2011, que coincide con el momento en el cual los nuevos operadores empezaron a ofrecer efectivamente sus servicios de telefonía móvil en el mercado, por lo que dichos competidores carecían de poder para contrarrestar las acciones del ICE.

Durante el periodo de la promoción investigada los otros operadores del mercado lograron captar usuarios; sin embargo, hay que considerar que durante dicho período la coyuntura del mercado era de expansión generalizada para todos los agentes del mercado, lo que de algún modo podría venir a encubrir un posible efecto adverso en los nuevos operadores del mercado (Ver punto 7.5.3.1. visible a folio 116).

Asimismo no fue posible determinar si la promoción tuvo el efecto de desplazar indebidamente a otros competidores del mercado, impedir sustancialmente el acceso de otros competidores al mercado o bien establecer barreras de entrada, ya que no consta en el expediente información referente a proyecciones hechas por los nuevos operadores del mercado en relación con la captación de clientes que esperaban para sus primeros años de ingreso al mercado.

Cuando el ICE lanza la primera promoción capta 403.672 nuevos usuarios mientras que los otros cuatro operadores móviles del mercado captaron entre todos un total de 409.875 (ver punto 7.5.2.3 visible a folio 112). Con la totalidad de las promociones investigados “Chip Extremo” y “Chip SMS Extremo” le permitieron captar al ICE un total de 609.091 clientes del servicio de telefonía móvil pre-pago a lo largo de los meses de noviembre 2011, diciembre 2011, enero 2012, febrero 2012, octubre 2012 y noviembre 2012.

En este orden de ideas, tal como lo señala la COPROCOM en su Opinión 17-2014 el crecimiento de la cuota de mercado de los nuevos operadores durante el periodo en estudio, puede ser igualmente apreciado como un atenuante de la conducta anticompetitiva, considerando que sus efectos no fueron lo suficientemente adversos para provocar la salida del mercado de un competidor, u obstaculizar su entrada al mismo.

Por consiguiente, estimamos que en las circunstancias dichas existe una atenuante tal y como lo señala la COPROCOM.

9.2.6. La capacidad de pago del infractor

Para valorar la capacidad de pago del ICE frente a la sanción de multa, se tomaron en consideración los “*Estados Financieros Diciembre 2011 Sector Telecomunicaciones*”, información suministrada por la propia empresa el 24 de febrero del 2012 (NI-0944-2011) mediante documento 264-100-2012 (visible a folio 151) ya que en el expediente administrativo no hay elementos adicionales a considerar para precisar la capacidad de pago actual del ICE.

En virtud de lo anterior, el Instituto Costarricense de Electricidad cuenta con capacidad de pago para cubrir la multa.

9.3. Grupo económico

El artículo 6 inciso 9) define a un grupo económico como una “*agrupación de sociedades que se manifiesta mediante una unidad de decisión, es decir, la reunión de todos los elementos de mando o dirección empresarial por medio de un centro de operaciones, y se exterioriza mediante dos movimientos básicos: el criterio de unidad de dirección, ya sea por subordinación o por colaboración entre empresas, o el criterio de dependencia económica de las sociedades que se agrupan, sin importar que la personalidad jurídica de la sociedades se vea afectada, o que su patrimonio sea objeto de transferencia*” (El subrayado no es del original).

De conformidad con el artículo 5 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades

Públicas del Sector de Telecomunicaciones, forma parte del ICE las siguientes empresas: Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA), Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. (CNFL), Compañía Radiográfica Internacional Costarricense S.A. (CRICSA) y las demás empresas que el ICE constituya o adquiera, en ambos casos, con una participación no menor que el cincuenta y uno por ciento (51%) del capital accionario.

A finales del 2012 el ICE fue autorizado por el Consejo de la Superintendencia para adquirir la empresa Cablevisión de Costa Rica CVCR S.A. sin embargo, dicha operación se concretó con posterioridad al periodo en investigación por lo que al momento en que se realizó la conducta investigada esta empresa no parte del Grupo ICE.³¹ (*En este sentido ver las resoluciones RCS-291-2012 de las 9:00 horas del 3 de octubre del 2012 y RCS-326-2012 de las 16:00 horas del 4 de noviembre del 2012*).

En este mismo orden de ideas de acuerdo a la resolución RCS-307-2009 de las 15:35 horas del 24 de setiembre del 2009, la SUTEL determinó que el ICE y sus empresa conexas (Grupo ICE) conforman un grupo de interés económico al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la LGT.

El mismo artículo 68 de la LGT establece que “[p]ara efectos de imponer la sanción, la Sutel deberá valorar si el infractor forma parte de un grupo económico, de conformidad con lo definido en el artículo 6 de esta Ley. En este caso, la sanción será impuesta con base en el ingreso bruto o las ventas anuales, según sea el caso, de las empresas que conforman el grupo”.

Sobre este punto hay que analizar si el ser parte de un grupo económico le facilitó o asistió en alguna forma al ICE para la ejecución de la práctica aquí investigada. Lo anterior por cuanto la sanción debe ser proporcional a la conducta desplegada. En este sentido, la Sala Constitucional ha señalado lo siguiente:

En el Voto No. 8858-98 de las 16:33 hrs. del 15 de diciembre de 1998, este Tribunal volvió a mencionar los componentes referidos, al indicar lo siguiente:

“(…) Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados. (...)”

Conviene indicar, que el principio de razonabilidad y proporcionalidad cumple un rol de primer orden en el Derecho Administrativo, al proyectarse en diversos ámbitos. Así, es de vital importancia como límite al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, al establecer la Ley General de la Administración Pública que no podrán dictarse actos administrativos discrecionales contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (artículos 16, párrafo 1º, 158, párrafo 4º y 160). En materia de los elementos constitutivos de índole material objetivo (motivo, contenido

³¹http://www.grupoice.com/wps/portal/gice/acercaDe/acerca_ice_asi_somos/acerca_ice_asi_somos_org/acerca_ice_asi_somos_org_gram!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os_gQL0N_D2cLEwN_Vy8XA08zY09TUzNTi1Bnc6B8JC55gwBjE2J0GxkEmwSHOPo6GnuAORs4BvuauaY-BpbhBqQZLdBgKUrUN7V1zLizNXAwIAouw1wAEdCdvT55Oem6hfkhoaGRpQrAgC7Yose/dl3/d3/L2dJQSEvUUt3QS9ZQnZ3LzZfVEoxT0hDODQwT0VKRDBJNjNJNTU2NthVMjQ!/#.VlcJXDGG8bi

y fin), debe existir una relación de proporcionalidad entre los mismos, así para una falta disciplinaria específica de un funcionario –motivo- debe existir una sanción proporcionada –amonestación verbal o escrita, suspensión o destitución-, en tal sentido el artículo 132, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública establece que el contenido “Deberá ser (...) proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados”. En el terreno del derecho administrativo sancionador y del derecho tributario, el principio de proporcionalidad y razonabilidad es determinante para evitar sanciones o tributos desorbitados o desproporcionados. (Voto 16974 de las 14:52 horas del 12 de noviembre del 2009)

De conformidad con lo expuesto, es criterio de este Consejo, que el ser parte de un grupo económico no le facilitó o asistió al ICE en alguna forma la ejecución de la práctica aquí investigada, por lo que para estimar el monto de la sanción se debe utilizar únicamente los ingresos brutos del sector de telecomunicaciones del ICE, en particular los relacionados con telefonía móvil, y no los del Grupo ICE.

9.4. Sobre el monto de la sanción

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 inciso a) de la LGT, las infracciones muy graves son sancionadas mediante una multa del 0,5% y hasta un 1% de los ingresos brutos del operador.

En el ingreso bruto por servicios móviles del ICE para período para el período 2011 es de trescientos setenta dos mil treinta y nueve millones de colones (₡372.039.000.000,00), siendo los límites:

| Tipo de infracción | Porcentaje | Monto en colones |
|--------------------|------------|------------------|
| Muy Graves | 0,5% | 1.860.195.000 |
| | 1% | 3.720.390.000 |

En sustento de los criterios anteriormente aplicados al presente caso, se tienen una agravante por el criterio de mayor gravedad –según quedó explicado- y cinco atenuantes en relación con el resto de criterios. Lo anterior bajo un esquema de ponderación de todos los criterios, cada uno con un peso igual y una escala de valoración.

De acuerdo a lo anterior, determina este Consejo que el porcentaje a aplicar es 0,58% de los ingresos brutos de servicios móviles de telecomunicaciones del ICE. De esta forma una vez valorados todos los criterios expuestos y partiendo de la multa mínima y máxima establecida en el artículo 68 inciso a) de la Ley N° 8642, se determina la sanción de multa correspondiente al ICE por la infracción al artículo 54 inciso j) en relación con el artículo 67 inciso a) sub inciso 13) de la LGT y con el artículo 17 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, en el parámetro de **cero coma cincuenta y ocho por ciento (0,58%)** de los ingresos brutos de los servicios móviles, para un monto total a pagar de **dos mil ciento cincuenta siete millones ochocientos veinte seis mil doscientos colones (₡2.157.826.200,00)**.

10. SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN

En la resolución RCS-102-2012 de las 11:50 horas del 23 de marzo de 2012, el Consejo de la SUTEL declaró confidenciales una serie de piezas del expediente SUTEL OT-212-2011.

En la RCS-245-2013 de las 10:50 horas del 07 de agosto de 2013, el Consejo de la SUTEL se refirió al acceso al expediente de una serie de información, entre ella la información contenida en el oficio 3911-SUTEL-DGM-2013.

En la comparecencia oral y privada celebrada en fechas 25, 26, 27 y 29 de noviembre el Órgano Director del procedimiento acogió las siguientes solicitudes de confidencialidad presentadas por las partes del procedimiento:

- a. La solicitud del ICE en relación con una parte de los testimonios de los testigos Isaac Alonso Vargas y Cinthya Chaves (folios 3270 al 3280).
- b. La solicitud del ICE en relación con parte de la prueba documental aportada (folios 2979 al 2985 y 3290 al 3303).
- c. La solicitud del TELEFÓNICA en relación con parte de la prueba documental aportada (folios 2312 al 2808).

Los análisis presentados por la Dirección General de Mercados en sus oficios 6103-SUTEL-DGM-2014 y 8873-SUTEL-DGM-2013, incorporan parte de la información que había sido previamente declarada como confidencial bien sea por el Consejo de la SUTEL o por el Órgano Director del procedimiento, según se detalla de seguido:

a. Del oficio 6103-SUTEL-DGM-2014 lo siguiente:

- i. Tabla 5. ICE: Consumo, Recargas y Precio Pagado por los Clientes de la Promoción "Chip Extremo" y "Chip SMS Extremo", Noviembre 2011-Febrero 2012 (páginas 100 a 101).
- ii. Tabla 6. ICE: Consumo, Recargas y Precio Pagado por los Clientes de la Promoción "Chip Extremo y Kit Prepago con Chip Extremo", Octubre-Noviembre 2012 (folio 101).
- iii. Gráfico 3. Costa Rica: Distribución de Tráfico por Proveedor de Telefonía Móvil, Diciembre 2011 a Marzo 2012 (página 108).
- iv. Tabla 7. Promoción Chip Extremo y Chip SMS Extremo: Test del Operador Eficiente (páginas 113 al 114).
- v. Tabla 8. Promoción Chip Extremo: Análisis de Estrechamiento de Márgenes, Nov-2011 a Feb-2012 y Oct-Nov 2012 (página 114).
- vi. Mención a las declaraciones de los testigos testigos Isaac Alonso Vargas y Cinthya Chaves (páginas 120 a 124).
- vii. Mención a la prueba documental declarada como confidencial aportada por TELEFÓNICA (página 122).
- viii. Tabla 9. Promoción Chip Extremo: Cálculo de Precios Esperados Reales por el ICE antes del Lanzamiento de la Promoción (páginas 122 a 123).

b. Del oficio 8873-SUTEL-DGM-2014 lo siguiente:

- i. Tabla 5. ICE: Consumo, Recargas y Precio Pagado por los Clientes de la Promoción "Chip Extremo" y "Chip SMS Extremo", Noviembre 2011-Febrero 2012 (páginas 105 a 106).
- ii. Tabla 6. ICE: Consumo, Recargas y Precio Pagado por los Clientes de la Promoción "Chip Extremo y Kit Prepago con Chip Extremo", Octubre-Noviembre 2012 (folio 106).
- iii. Gráfico 3. Costa Rica: Distribución de Tráfico por Proveedor de Telefonía Móvil, Diciembre 2011 a Marzo 2012 (página 113).
- iv. Tabla 7. Promoción Chip Extremo y Chip SMS Extremo: Test del Operador Eficiente (páginas 118 al 119).
- v. Tabla 8. Promoción Chip Extremo: Análisis de Estrechamiento de Márgenes, Nov-2011 a Feb-2012 y Oct-Nov 2012 (página 119).
- vi. Mención a las declaraciones de los testigos testigos Isaac Alonso Vargas y Cinthya Chaves (páginas 122, 126 a 128 y 130).
- vii. Mención a la prueba documental declarada como confidencial aportada por TELEFÓNICA (página 125).
- viii. Tabla 9. Promoción Chip Extremo: Cálculo de Precios Esperados Reales por el ICE antes del Lanzamiento de la Promoción (páginas 128 al 129).

Que el artículo 273 de la Ley General de Administración Pública Ley N° 6227 dispone lo siguiente:

“1. No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas

confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente.

2. Se presumirán en esta condición, salvo prueba en contrario, los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos”.

En este sentido, la Procuraduría General de la República en el dictamen C-344-2001 del 12 de diciembre del 2001 ha reconocido que podría considerarse como confidencial *“la información que sólo es útil para la empresa y respecto de la cual ésta tiene un derecho a que no se divulgue, como las copias de las declaraciones tributarias, cartas, correspondencia, certificaciones personales, libros contables, los informes relativos a los estados financieros, balance de situación, los relativos a estrategias de mercado, las políticas comerciales de la empresa, los métodos de producción, etc.”* (lo destacado es intencional).

El Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, publicado en el Alcance N° 40 a la Gaceta N° 201 del 17 de octubre de 2008, dispone en su artículo 33 que *“la Sutel deberá determinar cuál información de la aportada por las partes tiene carácter confidencial, ya sea de oficio o a petición de la parte interesada. La información determinada como confidencial deberá conservarse en legajo separado y a ella sólo tendrán acceso los representantes o personas debidamente autorizadas de la parte que aportó la información”*. De lo anterior se desprende que corresponde a la Administración examinar la pieza o piezas que contienen los expedientes, a fin de determinar cuáles están protegidas por el principio de confidencialidad y por lo tanto deben ser restringidas al público.

La declaratoria de confidencialidad de las piezas de los expedientes debe ser temporal y corresponde a la SUTEL fijar el plazo durante el cual esa información mantendrá el carácter confidencial conforme a las reglas de la sana crítica, proporcionalidad y razonabilidad, y considerando aspectos tales como los motivos expuestos por el operador o proveedor en la solicitud de confidencialidad, la naturaleza de la información presentada y su impacto en el mercado.

La actual dinámica del mercado de telecomunicaciones trae aparejada una continua variación tanto en las redes de telecomunicaciones y en los servicios ofrecidos a través de estas, lo que lleva a que la información antes detallada pierda su valor comercial en un período largo. Que en razón de lo anterior, lo procedente es declarar como confidencial la información de Estados Financieros por un período de cinco (5) años, conforme lo solicitado.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley General de Administración Pública, N° 6227, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N° 7593, la Ley General de Telecomunicaciones, N° 8642, y el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo N° 34765, y demás conexas y aplicables,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

PRIMERO. Declarar responsable directo al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, cédula de persona jurídica número 4-000-042139, de la comisión de una infracción muy grave del artículo 67 inciso a) sub inciso 13) en relación con el artículo 54 inciso j) de la Ley General de Telecomunicaciones y con el artículo 17 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, por realizar un acto deliberado que tuvo como único fin procurar la salida de operadores o proveedores, o implicó un obstáculo para su entrada, en la modalidad de estrechamiento de márgenes.

SEGUNDO. Imponer al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD una sanción económica (multa) por importe de **dos mil ciento cincuenta siete millones ochocientos veinte seis mil doscientos colones** (¢2.157.826.200,00.), de conformidad con los criterios de valoración enunciados en el artículo 70 de la Ley N° 8642 y dentro de los rangos establecidos en el artículo 68 inciso a), establecida en cero coma cincuenta y ocho por ciento (0,58%).

El pago de dicha multa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 8642, deberá efectuarse dentro del plazo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente al recibo de la presente notificación, mediante depósito en la cuenta corriente número 100-01-000-219443-3 cuenta cliente número 15100010012194439, de la Superintendencia de Telecomunicaciones, cédula jurídica 3-007-566209, en el Banco Nacional de Costa Rica, cuenta asignada al Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel)-indicando el número de expediente de referencia SUTEL-OT-212-2011. Una vez efectuado el depósito, deberá remitir una copia del comprobante de depósito a esta Superintendencia para su archivo.

TERCERO. Ordenar al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, con base en el inciso a) del artículo 58 de la Ley 8642 lo siguiente:

A. Abstenerse de realizar promociones en las cuales tenga una rentabilidad negativa desde la perspectiva de un “*competidor al menos tan eficiente*”, de tal manera que no abuse de su Poder Sustancial generando un estrechamiento de márgenes, que procure la salida de operadores o proveedores del Mercado o implique un obstáculo para su entrada.

B. Abstenerse en el futuro de realizar cualquier otra práctica monopolística anticompetitiva.

CUARTO. Declarar como confidencial por un período de cinco (5) años la siguiente información:

A. Del oficio 3911-SUTEL-DGM-2013 la información referente a tráfico telefónico y los ingresos desagregados por proveedor de servicios de telecomunicaciones para el período 2011-2012 y los datos de costos tomados del Modelo de Costos Regulatorios del ICE (folios 697 al 701).

B. Las siguientes pruebas presentadas por las partes del procedimiento:

- i. Una parte de los testimonios de los testigos del ICE Isaac Alonso Vargas y Cinthya Chaves (folios 3270 al 3280).
- ii. Prueba documental aportada por el ICE (folios 2979 al 2985 y 3290 al 3303).
- iii. Prueba documental aportada por TELEFÓNICA (folios 2312 al 2808).

C. Del oficio 6103-SUTEL-DGM-2014 lo siguiente:

- i. Tabla 5. ICE: Consumo, Recargas y Precio Pagado por los Clientes de la Promoción "Chip Extremo" y "Chip SMS Extremo", Noviembre 2011-Febrero 2012 (páginas 100 a 101).
- ii. Tabla 6. ICE: Consumo, Recargas y Precio Pagado por los Clientes de la Promoción "Chip Extremo y Kit Prepago con Chip Extremo", Octubre-Noviembre 2012 (folio 101).
- iii. Gráfico 3. Costa Rica: Distribución de Tráfico por Proveedor de Telefonía Móvil, Diciembre 2011 a Marzo 2012 (página 108).
- iv. Tabla 7. Promoción Chip Extremo y Chip SMS Extremo: Test del Operador Eficiente (páginas 113 al 114).
- v. Tabla 8. Promoción Chip Extremo: Análisis de Estrechamiento de Márgenes, Nov-2011 a Feb-2012 y Oct-Nov 2012 (página 114).
- vi. Mención a las declaraciones de los testigos testigos Isaac Alonso Vargas y Cinthya Chaves (páginas 120 a 124).

- vii. Mención a la prueba documental declarada como confidencial aportada por TELEFÓNICA (página 122).
- viii. Tabla 9. Promoción Chip Extremo: Cálculo de Precios Esperados Reales por el ICE antes del Lanzamiento de la Promoción (páginas 122 a 123).

D. Del oficio 8873-SUTEL-DGM-2014 lo siguiente:

- i. Tabla 5. ICE: Consumo, Recargas y Precio Pagado por los Clientes de la Promoción "Chip Extremo" y "Chip SMS Extremo", Noviembre 2011-Febrero 2012 (páginas 105 a 106).
- ii. Tabla 6. ICE: Consumo, Recargas y Precio Pagado por los Clientes de la Promoción "Chip Extremo y Kit Prepago con Chip Extremo", Octubre-Noviembre 2012 (folio 106).
- iii. Gráfico 3. Costa Rica: Distribución de Tráfico por Proveedor de Telefonía Móvil, Diciembre 2011 a Marzo 2012 (página 113).
- iv. Tabla 7. Promoción Chip Extremo y Chip SMS Extremo: Test del Operador Eficiente (páginas 118 al 119).
- v. Tabla 8. Promoción Chip Extremo: Análisis de Estrechamiento de Márgenes, Nov-2011 a Feb-2012 y Oct-Nov 2012 (página 119).
- vi. Mención a las declaraciones de los testigos Isaac Alonso Vargas y Cinthya Chaves (páginas 122, 126 a 128 y 130).
- vii. Mención a la prueba documental declarada como confidencial aportada por TELEFÓNICA (página 125).
- viii. Tabla 9. Promoción Chip Extremo: Cálculo de Precios Esperados Reales por el ICE antes del Lanzamiento de la Promoción (páginas 128 al 129).

E. La información detallada en el inciso anterior contenida en el oficio 8873-SUTEL-DGM-2014 que se emplea para el dictado de la presente resolución.

QUINTO. Ordenar una vez firme esta resolución la inscripción en el Registro Nacional de Telecomunicaciones de las sanciones impuestas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 inciso k) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N° 7593, el artículo 149 inciso k) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo N° 34765 y el artículo 6 inciso k) del Reglamento del Registro Nacional de Telecomunicaciones (Resolución RJD-100-2014 de las 15:15 horas del 18 de setiembre del 2014 publicada en el Alcance 53 de La Gaceta N° 195 del 10 de octubre del 2014).

SEXTO. Contra la presente resolución procede el recurso de reposición, previsto en el artículo 343 de la Ley General de la Administración Pública, en relación con el artículo 345.1 y 346.1 del mismo cuerpo normativo. El recurso deberá presentarse en las oficinas de la SUTEL, sita en Guachipelín de Escazú, Edificio Tapantí, Tercer piso, Oficentro Multipark dentro del plazo de 3 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de esta resolución.

SÉTIMO. Primera Intimación:

- A.** Con fundamento en el ordinal 150 de la Ley General de la Administración Pública se realiza primera intimación al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD cédula jurídica número 4-000-042139, en la persona de su apoderado generalísimo sin límite de suma el señor **Jaime Palermo Quesada**, cedula de identidad número 3-239-128 (f.442), para que dentro del plazo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente al recibo de la presente notificación, efectúe depósito en la cuenta corriente número 100-01-000-219443-3 cuenta cliente número 15100010012194439, de la Superintendencia de Telecomunicaciones, cédula jurídica 3-007-566209, en el Banco Nacional de Costa Rica, cuenta asignada al Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel), por la infracción muy grave del artículo 67 inciso a) sub inciso 3) de **cero coma cincuenta y ocho por ciento (0,58%)** equivalente a **dos mil ciento**

cincuenta siete millones ochocientos veinte seis mil doscientos colones (¢2.157.826.200,00). Depositada la suma adeudada, remítase comprobante a la Superintendencia de Telecomunicaciones, ubicada en San José, Escazú, Guachipelin, en el Oficentro Multipark, Edificio Tapanti, tercer piso. De no ser depositada la suma referida una vez hechas las intimaciones de ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley N° 8642 se procederá a cobrar judicialmente.

- B.** Se le hace saber al señor **Jaime Palermo Quesada**, cedula de identidad número 3-239-128, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD que de no cumplir en tiempo y forma con lo ordenado en esta resolución, previas intimaciones de ley, se remitirá copia certificada del expediente al Ministerio Público por el delito de Desobediencia a la Autoridad, contemplado en el artículo 314 del Código Penal, para que se investigue según corresponda.

NOTIFÍQUESE

INSCRIBASE EN EL REGISTRO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

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

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo