

Licenciado
Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, Presidente
Consejo Directivo, Superintendencia de Telecomunicaciones
Correo-e: gestiondocumental@sutel.go.cr
Su Despacho

Estimado señor:

Aprovecho la oportunidad para brindarle un cordial saludo y a la vez presentar ante el Consejo Directivo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), el criterio de esta Defensoría en relación con la propuesta contenida en los *"Informes para la definición de mercados relevantes, análisis del grado de competencia en dichos mercados, designación de operadores o proveedores importantes y la imposición de obligaciones específicas a dichos operadores, en relación con los servicios de telecomunicaciones móviles, de banda ancha residencial, fijos e internacionales"*, según la convocatoria a consulta pública, publicada en La Gaceta No. 193 del viernes 7 de octubre pasado y los acuerdos 001-061-2016 del 20 de octubre de 2016 y la resolución RCS-235-2016 del 27 de octubre de 2016.

La propuesta presentada por la SUTEL parte del estudio de mercados relevantes en telecomunicaciones realizado por esa Superintendencia en el año 2009, donde definió la regulación para 18 mercados de telecomunicaciones en el ámbito nacional, siendo el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) el único operador importante en ese momento. La propuesta actual pasa de 18 mercados a 11 y, posteriormente, los reagrupa en cinco mercados minoristas y seis mercados mayoristas. Para cada uno de los 11 mercados se realiza un análisis técnico de competencia con base en los diversos indicadores y la metodología contenida en la resolución del Consejo de la SUTEL No. RCS-082-2015 del 13 de mayo de 2015 y otros estudios contratos que proveen insumos para los informes indicados.

Como resultado del análisis del grado de competencia y la existencia de operadores importantes en los 11 mercados propuestos, la SUTEL concluye que existen condiciones de competencia efectiva en cuatro mercados y mantiene la fijación tarifaria y las reglas de comportamiento general al operador u operadores importantes en los siete mercados restantes. De esta forma, los cuatro mercados que se establecerían en competencia son: Telefonía internacional, Internet fijo, Roaming internacional y Tránsito de Telecomunicaciones.¹ Sin embargo, en relación con el mercado de telefonía móvil se indica que mantendrá la regulación por no estar en competencia efectiva, pero se realiza una distinción entre los segmentos prepago y post-pago, donde se propone mantener la regulación tarifaria para el segmento prepago móvil y se elimina para el segmento de post-pago. Asimismo, para los mercados y segmentos que se declaran en competencia, la SUTEL propone continuar con las regulaciones aplicables en materia de calidad del servicio.

¹ El hecho de que una llamada llegue de un operador a otro por medio de la red de un tercer operador.

El cuadro siguiente presenta un resumen de los resultados del Estudio realizado por la SUTEL y la propuesta de regulación que contiene.

Mercado		Resultado sobre Competencia	Operador Importante	Obligaciones
Minorista	Telefonía fija	No se encuentra en competencia efectiva	ICE	Apartes i, ii, iii y iv del artículo 75 inciso b) de la Ley 7593
	Telefonía móvil	No se encuentra en competencia efectiva	ICE, CLARO, MOVISTAR	Apartes i, ii, iii y iv (sólo prepago) del artículo 75 inciso b) de la Ley 7593
	Telefonía internacional	Se encuentra en competencia efectiva	No hay	No hay
	Internet fijo	Se encuentra en competencia efectiva	No hay	No hay
	Roaming Internacional	Se encuentra en competencia efectiva	No hay	No hay
Mayorista	Desagregación de bucle	No se encuentra en competencia efectiva	ICE	Todas las del inciso b) del artículo 75 de la Ley 7593 exceptuando el aparte iv)
	Originación	No se encuentra en competencia efectiva	ICE	Todas las del inciso b) del artículo 75 de la Ley 7593 exceptuando el aparte iv)
	Acceso y originación en una red móvil	No se encuentra en competencia efectiva	ICE, CLARO, MOVISTAR	Apartes i, ii, iii y viii del artículo 75 inciso b) de la Ley 7593. En caso de ingreso de otro OMR además v, vi, vii, ix y x)
	Terminación en redes fijas individuales	No se encuentra en competencia efectiva	ICE	Todas las del inciso b) del artículo 75 de la Ley 7593 exceptuando el aparte iv)
	Terminación en redes móviles individuales	No se encuentra en competencia efectiva	ICE, CLARO, MOVISTAR	Todas las del inciso b) del artículo 75 de la Ley 7593 exceptuando el aparte iv)
	Tránsito de telecomunicaciones	Se encuentra en competencia efectiva	No hay	No hay

El documento sometido a consulta pública presenta los 11 informes en cuatro documentos que agrupan los servicios en las siguientes categorías: servicios móviles, servicios fijos, servicios de banda ancha residencial y servicios internacionales. No obstante, al considerar que, de los 11 mercados definidos, la SUTEL ha concluido que existen condiciones de competencia efectiva en cuatro mercados y no para los siete restantes, y dada la preocupación de la opinión pública respecto al segmento de telefonía móvil post-pago e Internet residencial desde ubicación fija, para los cuales se eliminaría la fijación tarifaria, el presente informe de la Defensoría se referirá a estos dos servicios.

Lo anterior, por cuanto la Defensoría se ha visto obligada a limitar su análisis a estos mercados minoristas debido a la extensión y complejidad de los documentos sometidos a consulta, al considerar los efectos sobre los intereses de los usuarios de telecomunicaciones que su aprobación implicaría y al limitado tiempo previsto para la revisión y pronunciamiento. En este sentido, debe considerar el Consejo de la SUTEL, como se lo hizo saber la Defensoría en el recurso de reconsideración contra el acuerdo No. 001-061-2016 del día 20 de octubre de 2016, que si el objeto de la consulta pública es que, además de

conocer la propuesta, los interesados expongan por escrito las razones de hecho y de derechos que consideren pertinentes sobre la misma, dada la afectación potencial de sus intereses, el plazo otorgando de 10 días hábiles con su ampliación a diez días hábiles adicionales, no es suficiente para tales efectos.

Debe tomarse en cuenta que la persona interesada, además de leer los 11 informes debe leer también la resolución RCS-082-2015 de la SUTEL, donde se definen diversos parámetros e indicadores establecidos para determinar la estructura de competencia en los mercados de telecomunicaciones, debe leer el "Estudio internacional comparativo sobre las distintas variables relacionadas con el comportamiento y grado de competencia en distintos mercados internacionales de comunicaciones" contratado por la SUTEL a la empresa Telecommunications Management Group Inc. (TMG) y además, la "Encuesta de hogares sobre el acceso, uso y percepción de los usuarios finales de varios servicios de telecomunicaciones" contratada por la SUTEL a la empresa Investigaciones de Centroamérica y el Caribe S.A. (ICCSA). Todos estos documentos que forman parte del expediente sometido a consulta deben ser estudiados por los habitantes, el cual debe comprenderlos y analizarlos para poder dimensionar los alcances de los mismos y elaborar una posición técnica al respecto.

Como se verá a continuación, en el caso del mercado de telefonía móvil la SUTEL concluye que el mercado no se encuentra en competencia efectiva y no obstante, sin ningún fundamento técnico y jurídico según los estudios sometidos a consulta pública, opta por proponer la eliminación de la fijación tarifaria en el segmento de post-pago. Debido a esta situación y considerando la preocupación que esta eventual acción ha ocasionado en la opinión pública y en los usuarios de la telefonía móvil post-pago, esta Defensoría inicia su análisis con este tema.

1. Revisión del Informe de análisis del grado de competencia en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles

La telefonía móvil es un mercado que ha mostrado gran dinamismo desde la apertura del mercado de telecomunicaciones en el año 2011 cuando había 4,1 millones de líneas celulares, siendo que para el año 2015 ya se contabilizaban 7,5 millones de suscriptores; registrando un aumento de 7 por ciento con respecto al 2014. Ese incremento se reflejó tanto en la modalidad prepago como post-pago, 6 por ciento y 11 por ciento, respectivamente.² En cuanto a la modalidad de pago, desde el año 2012 el esquema de prepago continúa como la preferida de los usuarios con 79 por ciento de las líneas y post-pago con el 21 por ciento.

Las estadísticas de SUTEL muestran que la distribución de mercado por cantidad de suscriptores presenta una empresa dominante, el ICE, que mantiene el 58 por ciento de la participación, seguido por Telefónica con el 22 por ciento y, Claro con el 19 por ciento, por otra parte, las empresas Fullmóvil y Tuyo Móvil registraron en conjunto un uno por ciento del mercado al cierre del año 2015. Para el caso de prepago, las cifras de usuarios muestran una distribución similar a las de post-pago, en este caso el

² Sutel (2016). Estadísticas del sector de telecomunicaciones Costa Rica, 2015". Febrero de 2016.



ICE tiene la mayor participación (54 por ciento), seguido de Telefónica (25 por ciento), Claro (19 por ciento), y los operadores virtuales con uno por ciento cada uno.³

El ingreso monetario generado por la red móvil como un todo para el año 2015 fue de ₡583.108 millones.⁴ De este total, a pesar de que post-pago representa el 21 por ciento de los suscriptores, representó el 57 por ciento de los ingresos con ₡330.555 millones y reportando un incremento interanual del 34 por ciento. La modalidad de prepago con ₡252.553 millones representó el 43 por ciento de los ingresos totales de la red y decreció en un siete por ciento con respecto al año 2014.⁵

En cifras por unidad, el ingreso mensual promedio en la red móvil por suscriptor post-pago fue de ₡17.387 en el 2015 (la cifra más alta desde el año 2011), por su parte, el ingreso por suscriptor en prepago fue en promedio ₡3.537 (13 por ciento por debajo del registro en el 2014).⁶

El estudio del grado de competencia en el mercado minorista de telecomunicaciones móviles presentado por la SUTEL analiza la situación competitiva de dicho mercado en cinco aspectos: a) Estructura de mercado, b) Barreras a la entrada al mercado, c) Beneficios obtenidos por los usuarios y c) Análisis prospectivo del mercado. El análisis realizado lleva a la SUTEL a la conclusión de que el mercado no se encuentra en competencia efectiva y que en él coexisten tres operadores importantes.

a) Análisis de la estructura del mercado por SUTEL

Este análisis se realiza mediante la evaluación de ocho indicadores, cuyos resultados se resumen a continuación:

Indicador de "participación en el mercado", en este aspecto la SUTEL determina que *"aún no se presenta una situación de simetría en las cuotas de mercado"* (folio 000052).

Indicador de "concentración de mercado", el estudio de SUTEL concluye el servicio *"aún se ubica como mercado concentrado"* (folio 00054).

Indicador de "rivalidad en el mercado a nivel de precio", la SUTEL indica que la misma es difícil de determinar, especialmente en el segmento de post-pago, porque los operadores cambian constantemente los planes que ofrecen a los usuarios. No obstante, para superar dicha limitación la SUTEL implementó una metodología atribuida a la OCDE que analiza canastas de precios de servicios.

Al aplicar dicha metodología al mercado costarricense de post-pago, incluyendo en la canasta sólo los servicios de llamadas y de SMS, la SUTEL llega a la conclusión que *"entre el 2011 y 2015 prácticamente no se ha dado ninguna variación de precios para los niveles más bajos de consumo, mientras que para*

³ Ibíd.

⁴ Consiste en agregar el Ingreso por datos móviles más ingresos por voz móvil y mensajería.

⁵ Sutel (2016). Estadísticas del sector de telecomunicaciones Costa Rica, 2015". Febrero de 2016.

⁶ Ibíd.



los niveles más altos de consumo se han presentado pequeñas disminuciones de precios". (folio 000056).

En relación con la "declaratoria del servicio de SMS como un servicio de información", la SUTEL llega a la conclusión de que, en materia de precios en post-pago, las empresas CLARO y MOVISTAR muestran una tendencia a ser seguidores del ICE (folio 000060).

El anterior resultado también lo obtiene la SUTEL en el servicio prepago, en cuanto a la "Introducción de la tarifa de cobro de datos por descarga en el segmento prepago", en este punto el análisis concluye que en materia de precios tanto CLARO como MOVISTAR actuaron como seguidores del ICE (folio 000062).

Indicador de "Rivalidad del mercado en factores no relacionados con precio", en este aspecto, concluye SUTEL que *"si bien la competencia a nivel de precio no es fuerte, la competencia a nivel de otros factores resulta ser mayor". (folio 000071)*

Indicador de "Acceso de los participantes del mercado a las fuentes de insumos". En este análisis, la SUTEL concluye que la principal dificultad en materia de interconexión se presenta en relación con los cargos de terminación que se encuentran actualmente establecidos (folio 000074); sin embargo, esas barreras *"parecen no haber impedido que se desarrolle algún nivel de competencia en los mercados minoristas". (folio 000075).*

Indicador de "Poder compensatorio de la demanda". Para este indicador la SUTEL concluye que *"dadas las características de la mayor parte de los usuarios del servicio de telecomunicaciones móviles, el poder compensatorio de la demanda que existe en este mercado es bajo."*

Indicador sobre "Costos por cambio de operador" en este aspecto, el estudio concluye que en la modalidad post-pago, en particular para aquellos usuarios que *"cuentan con un contrato con cláusulas de permanencia mínima, tienen mayores costos para cambiar de operador, lo que disminuye su posibilidad de reacción ante un deterioro de la oferta de su proveedor de servicio"* (folio 000082). Por su parte, los usuarios de prepago enfrentan bajos costos de cambio de operador, lo que les brinda un mayor margen de operación si el operador deteriora su oferta.

En relación al indicador de "Rentabilidad", la SUTEL concluye que *"no existe evidencia de que en el país los operadores puedan estar recibiendo una rentabilidad desproporcionada que sea evidencia de eventuales abusos o prácticas monopólicas en el mercado". (folio 000083).*

b) Análisis sobre barreras de entrada al mercado

En este aspecto, se evalúan siete indicadores, a continuación, se resumen las conclusiones que obtiene SUTEL para cada uno.



El primer indicador se refiere a "Costos financieros de desarrollar canales alternativos de producción o distribución". Sobre este aspecto la SUTEL concluye que esos costos en Costa Rica *"son razonables y se encuentran alineados con los registrados en otros mercados y por lo tanto no es un elemento que pueda afectar la competencia del mercado"*. (folio 000083).

Sobre el indicador de "Economías de escala y alcance", la SUTEL concluye que *"el hecho de que las redes móviles posean economía de escala y alcance representan una ventaja competitiva para los operadores ya establecidos en el mercado, de manera que esto constituye una alta barrera de entrada para nuevos operadores que deseen ingresar a ofrecer este servicio"*. (folio 000084).

En relación con el indicador "Monto, indivisibilidad y plazo de la recuperación de la inversión requerida", la SUTEL concluye que, para este mercado, *"efectivamente el costo de desplegar una red de telecomunicaciones móviles es muy alto, lo que constituye una alta barrera de entrada al mercado."* (folio 000084).

La evaluación del indicador "Necesidad de contar con concesiones, autorizaciones y permisos" revela que existe una barrera absoluta de entrada a este mercado. Debido principalmente al *"otorgamiento de concesiones de espectro radioeléctrico"*, pues no se cuenta con dicho recurso disponible en este momento en el país. En este sentido, concluye la SUTEL que el ingreso de nuevos operadores *"cuenta con barreras de entrada que podrían considerarse absolutas"*. (folio 000085).

Sobre el indicador de "Inversión en publicidad" concluye la SUTEL, que se convierte en una barrera alta de ingreso al mercado, debido a la alta inversión en que debería incurrir un nuevo operador para erosionar la lealtad del usuario final con respecto a una marca determinada. Sobre este aspecto señala la SUTEL: *"el gasto en publicidad también representa una alta barrera de entrada a este mercado."* (folio 000086)

En cuanto a las "Limitaciones a la competencia en los mercados internacionales", señala SUTEL que no representa una barrera de entrada al mercado.

Finalmente, en relación con "Actos de autoridades estatales o municipales que discriminen entre operadores o proveedores", concluye la SUTEL que dicho factor "también representa una alta barrera de entrada a este mercado". (folio 000087).

c) Beneficio obtenido por los usuarios

En este rubro la SUTEL evalúa cuatro indicadores a continuación se resumen las conclusiones que obtiene SUTEL para cada uno.

Sobre el "Acceso de los usuarios a la información necesaria para tomar sus decisiones", la SUTEL concluye que los usuarios tienen a disposición de manera fácil de acceder la información necesaria para tomar su decisión de compra, pero existen una serie de elementos que dificultan la elección que puede hacer el usuario. Entre estos factores se indica la dificultad de comparación de planes post-pago por la

complejidad misma con que son estructurados; además, la existencia de subsidios al terminal que hacen que la adquisición de un servicio esté motivada por la adquisición de un teléfono específico más que por el servicio mismo. En relación con los usuarios prepago se indica la dificultad de determinar el precio real que se está pagando porque los operadores no ofrecen una factura desglosada que muestre las descargas como el consumo mensual. Tampoco los operadores han adaptado la oferta prepago a las necesidades y volúmenes de consumo y recargas del usuario (folios 000092 y 000093).

En cuanto a la "Accesibilidad de los precios", la SUTEL que *"los operadores locales están cobrando actualmente precios que son similares con los que se están ofreciendo en otros mercados comparables al nuestro"*. Asimismo, concluye la SUTEL que *"los servicios de telecomunicaciones móviles se ubican dentro del rango de asequibilidad establecido por la UIT"*. (folios 000096 y 000097),

En cuanto al indicador "Oferta disponible de servicios" se concluye que la oferta post-pago de los operadores, es muy diversificada, no así la oferta de prepago cuya modalidad de cobro es por descarga. (folio 000100).

Finalmente, en cuanto al indicador de "Satisfacción de los clientes con los servicios" la SUTEL concluye que "los usuarios, en términos generales, parecen estar satisfechos con los servicios que reciben" (folio 000102).

d) Análisis prospectivo del mercado

En este aspecto se evalúa con dos indicadores. A continuación, se resumen las conclusiones que obtiene SUTEL para cada uno.

Sobre los "Cambios tecnológicos previsible", la SUTEL anticipa una ampliación en la cobertura de las redes de telecomunicaciones móviles del país, específicamente en la cobertura de las redes 4G. (folio 000104).

En cuanto a las "Tendencias del mercado", la SUTEL concluye que la dinámica del mercado se mantendrá: *"no se anticipa que la dinámica competitiva del mercado pueda mejorar o empeorar en el corto plazo"* (folio 000104).

e) Sobre la existencia de dominancia conjunta

Indica la SUTEL que no se encuentra evidencia de que las acciones de CLARO y MOVISTAR se *"hayan enfocado en ser un contrapeso de las acciones del ICE, sino que más bien dichos operadores parecen ser principalmente seguidores de la política comercial definida por el ICE, sobre todo a nivel de precios, lo que implicaría que la estructura de mercado es oligopólica"* (folio 000112). Entre los elementos señalados por la SUTEL para calificar dicho mercado como oligopólico se citan: la alta concentración del mercado, la madurez del mercado lo cual limita sensiblemente su crecimiento, la existencia de productos homogéneos, la falta de competencia potencial, la inelasticidad de la demanda por estos servicios, las cuotas de mercados similares y estables, el bajo nivel de cambio tecnológico, la ausencia o



baja intensidad de competencia de precios, entre otros aspectos. Por tanto, concluye la SUTEL que el mercado contiene *"todas las características necesarias para considerarlo como un mercado en el que se presente una situación de dominancia conjunta"*. (folio 000114).

Consideraciones de la Defensoría

A partir de la revisión del informe del grado de competencia en el mercado de servicio minorista de telecomunicaciones móviles antes reseñada, **la Defensoría no encuentra elementos técnicos ni jurídicos que justifiquen la eliminación de la fijación tarifaria para el servicio post-pago de telefonía móvil.**

Por el contrario, la revisión del estudio de la SUTEL lleva a concluir que este mercado, en la actualidad, corresponde a un oligopolio de empresa dominante, donde una de las empresas provee mayoritariamente al mercado y tiene el poder de establecer el precio, siendo que los demás operadores actúan como tomadores del precio y establecen estrategias de comercialización similares. Llama la atención de esta Defensoría que, de la lectura del informe, en ningún momento se desprende la necesidad de eliminar la fijación tarifaria para el servicio post-pago y tampoco la SUTEL explica o deriva dicho resultado de lo expuesto.

La Ley General de Telecomunicaciones (Ley No. 8642) otorga a la SUTEL la competencia para regular precios en materia de telecomunicaciones. Esa función, sin embargo, no es irrestricta en cuanto a las estrategias regulatorias ni en cuanto a la oportunidad de éstas. El artículo 50 de esta ley indica que las decisiones regulatorias de SUTEL en materia de precios deben incentivar la competencia y el uso eficiente de los recursos; a contrario sensu, la norma en cuestión impone a esa Superintendencia la obligación de no desincentivar la competencia y de no propiciar a ineficiencia en el uso de los recursos. Ese mismo artículo 50 establece que *"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"*.

Considerando el párrafo anterior transcrito del artículo 50, la desregulación tarifaria del segmento post-pago debe realizarse con una resolución motivada. En este sentido, la Defensoría advierte al Consejo de la SUTEL que la recomendación de eliminar la fijación tarifaria en ese segmento no se deriva del análisis realizado por la SUTEL en el informe, sino que la misma sólo se filtra en las recomendaciones que debe valorar dicho Consejo, específicamente, en la recomendación 4 donde se imponen obligaciones a los operadores "como instrumentos que buscan eliminar los problemas de competencia encontrados en el mercado minorista de telecomunicaciones móviles" (folio 000158). En este caso, la eliminación de la fijación tarifaria en post-pago sólo se enuncia (no se colige) en la obligación d) denominada: "Someterse al régimen tarifario correspondiente" y se establece de la siguiente manera: *"Se mantendrá la obligación de regulación tarifaria solamente para el segmento prepago del mercado"* (folio 000160), sin mayor explicación. En ninguna parte del informe se explica el por qué debe eliminarse la fijación en post-pago, ni tampoco cómo esa medida beneficiaría la competencia en el mercado, ni los beneficios que el usuario final obtendría con tal medida.

Debido a lo anterior, al considerar la forma como se introduce al final del informe de SUTEL la recomendación de eliminar la fijación tarifaria para el segmento post-pago, pareciera constituir una excusa para introducir en ese segmento del mercado la modalidad de cobro por descarga. Cabe recordar que dicha modalidad de cobro ha sido impulsada por la SUTEL desde el año 2014 cuando en julio de ese año se convocó a audiencia pública como una opción para lidiar con una supuesta saturación de la red causada por un pequeño grupo de consumidores que hacía un “uso abusivo” del servicio en perjuicio del resto de los usuarios. Posteriormente, en la convocatoria de audiencia pública para el año 2015, la SUTEL justificó la propuesta de cobro por descarga en la modalidad post-pago como un mecanismo para incentivar la competencia y beneficiar a los usuarios de bajo consumo. En aquellos años, ambas audiencias fueron suspendidas por los Tribunales de Justicia, y la modalidad de cobro por descarga no se logró introducir en el segmento de mercado de post-pago.

Considerando lo anterior, la eliminación de la fijación tarifaria para el servicio post-pago y dados los alcances de esa acción que permitiría a las empresas participantes no sólo establecer los precios de sus servicios, sino definir la modalidad de cobro de los mismos; incluyendo el cobro por descarga. La introducción de esta nueva modalidad de cobro, por la vía de recomendación en el Informe sobre este mercado, considera esta Defensoría que eventualmente podría llevar al mercado a una situación similar al segmento prepago donde ya opera la modalidad de cobro por descarga. Cabe indicar que la SUTEL ha calificado el segmento prepago como un sub-mercado no competitivo y por tanto ha manifestado la necesidad de mantener la regulación tarifaria al mismo. De darse esta situación se estaría presentando un retroceso en las condiciones de competitividad para el mercado de telefonía móvil como un todo, circunstancia que previene la Ley 8642 como se indicó anteriormente.

Si bien, la propuesta de la SUTEL permitiría el cobro por descarga como opción adicional al cobro por velocidad vigente en la modalidad post-pago, la Defensoría considera que en el mediano plazo el esquema por descarga podría sustituir el cobro por velocidad, posibilidad que debería ser considerada por la SUTEL.

Lo anterior, lleva a esta Defensoría a preguntarse: ¿Qué situación en cuanto a competitividad presentaría el segmento de post-pago en el mediano y largo plazo, si las empresas participantes decantan por la modalidad de cobro por descarga en sustitución del cobro por velocidad? ¿Cómo repercutiría dicha situación en el bienestar de los usuarios de este servicio?

La teoría básica de la economía de la competencia dicta que una de las razones fundamentales para promover la competencia en un mercado es lograr que la mayor cantidad de potenciales usuarios puedan acceder el bien o servicio en cuestión al menor precio posible. Esta es una de las razones primordiales por las que la doctrina y la práctica económica y regulatoria buscan controlar y, de ser posible eliminar, los monopolios y las prácticas monopolísticas que pretenden obtener la mayor cantidad de beneficios, a partir de la restricción de la oferta y la extracción del excedente del consumidor de aquellos que más consumen.

Para la Defensoría de los Habitantes, y desde el punto de vista del usuario, el esquema de cobro por velocidad es más beneficioso que el esquema de cobro por descarga. Si bien, el cobro por descarga

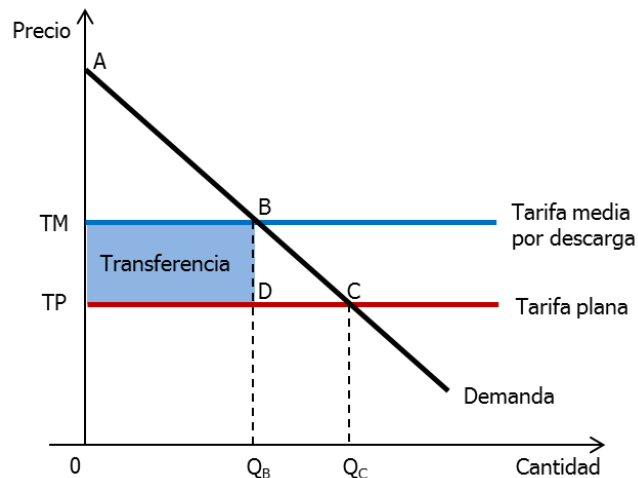
podría beneficiar a los grupos de bajo consumo, en el mediano plazo, conforme estos grupos aumentan el uso de Internet móvil verán como aumenta su gasto por este servicio en relación a la situación original con el esquema de cobro por velocidad.

Al comparar de forma independiente el esquema de cobro por velocidad vigente, la Defensoría observa que el cobro por descarga, castiga con mayores pagos a los usuarios que traspasan cierto nivel de consumo y revela a los operadores o proveedores la disponibilidad a pagar de sus clientes.

Conocer la disponibilidad a pagar de los usuarios permite a las empresas incrementar sus ingresos mediante estrategias comerciales diseñadas para extraer una mayor proporción del excedente del consumidor. En este caso, los grupos de usuarios de consumo medio y alto y los que poseen demandas más inelásticas serían los más perjudicados con el esquema de pago por descarga.

La gráfica 1 muestra el efecto previsto sobre el mercado post-pago al sustituir el actual esquema de cobro por velocidad (tarifa plana) por el esquema de cobro por descarga. Debido a la característica oligopólica del mercado, la demanda relativamente inelástica del servicio y considerando el modelo de la empresa dominante, es de esperar que la tarifa media que se establezca por descarga supera a las tarifas planas actuales.

Gráfica 1. Representación del efecto de la sustitución del esquema de cobro por velocidad a cobro por descarga en el mercado post-pago



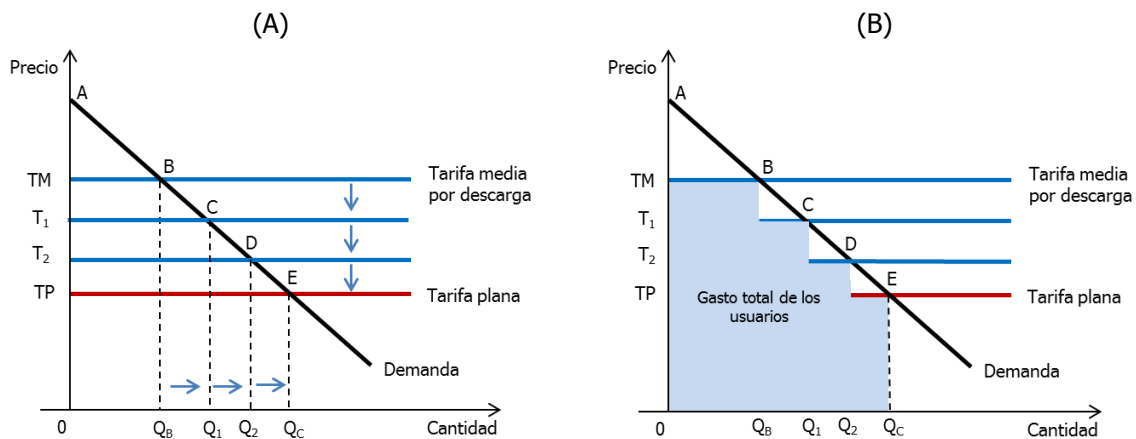
Como se observa en la gráfica, si en el mercado sólo está vigente la tarifa plana (TP) el consumo de equilibrio estaría Q_C y se optimiza el excedente del consumidor que comprendería al área del triángulo A-C-TP. No obstante, si el esquema de cobro por descarga sustituye al cobro por velocidad, la tarifa promedio del mercado TM, sería mayor que TP, reduciendo el consumo de Q_C a Q_B . en el mercado. En estas circunstancias, los usuarios perderán el área TM-B-C-TP del excedente del consumidor, reduciendo su bienestar.

El excedente de consumidor cedido por los usuarios se traslada en parte a las empresas operadoras/proveedores, que ven incrementarse sus ingresos en el área del rectángulo TM-B-D-TP. Otra parte del excedente cedido por los usuarios no lo recibe ningún grupo y se convierte en una pérdida neta de bienestar para la sociedad (área B-C-D).

En los mercados competitivos la interacción de las fuerzas de oferta y de demanda establece una única tarifa o precio por unidad del bien o servicio, la cual maximiza el excedente total del mercado y lo distribuye entre productor y consumidor. Sin embargo, debido al tipo de mercado en el que se ofrece el Internet móvil, el cual como se indicó es clasificado por la SUTEL como oligopólico⁷, y dadas las características mismas del servicio que se oferta, la posibilidad de identificar los grupos de clientes por necesidades de consumo, permitiría al operador o proveedor el diseño de estrategias de discriminación de precios para inducir al usuario a un mayor gasto.

De esta forma, una vez que la tarifa media del mercado sube con el cambio de esquema de cobro, los operadores estarán en posibilidad de aumentar sus ingresos induciendo un mayor consumo en los usuarios catalogados de consumo medio y alto, mediante la discriminación de precios, según se muestra en la gráfica 2.

Gráfica 2. Extracción del excedente del consumidor a través de la discriminación de precios por consumo



En la gráfica 2(A) se observa que una vez que la tarifa pasa de TP (tarifa plana) a TM (tarifa media en cobro por descarga), las empresas pueden inducir a un mayor consumo a los usuarios que utilizaban más la red. Esto se logra con disminuciones en la tarifa por nivel de consumo (T1, T2 TP), incluso el mercado podría llegar a la cantidad consumida bajo el esquema de cobro por velocidad (QC), pero con un mayor gasto de los usuarios en relación con la situación original con el esquema de cobro por

⁷ Un oligopolio es una estructura de mercado en la que existen barreras naturales, tecnológicas o legales que impiden la entrada de nuevos competidores y el número de empresa que compiten es pequeño.

velocidad. La gráfica 2(B) presenta el mayor gasto de los consumidores (o menor excedente del consumidor) debido a esta práctica comercial.⁸

Debido a lo anterior, considera la Defensoría que el esquema de cobro por velocidad vigente en la actualidad en la modalidad post-pago es beneficioso para los usuarios como grupo. La tarifa plana maximiza el consumo y excedente del consumidor limitando las prácticas o políticas comerciales discriminatorias como las indicadas anteriormente. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, bajo el actual sistema de cobro, el usuario paga por un plan o paquete de velocidad de descarga, quedando en plena libertad de decidir cuánto consumirá por mes, con lo cual se maximiza el excedente del consumidor en el mercado.

Si bien, el esquema de pago por descarga posibilita una mayor competencia comercial entre los operadores mediante diseños de estrategias de discriminación de precios, entre otras; esa "competencia" se logra sobre la base de una mayor extracción del excedente del consumidor con lo cual, el usuario se estaría viendo perjudicado en relación con el esquema de cobro actual por velocidad.

Debido a lo anterior, **considera la Defensoría que la SUTEL no debe confundir el concepto de competencia comercial con el de competencia desde el punto de vista de la ciencia económica.** Como se indicó anteriormente, una de las razones fundamentales para promover la competencia en un mercado es lograr que la mayor cantidad de potenciales consumidores puedan disfrutar del bien o servicio al menor precio posible. En este sentido, el esquema de cobro por velocidad en el segmento post-pago ha generado una sana competencia entre operadores o proveedores, limitando su poder de mercado en beneficio de la sociedad como un todo. La ausencia de un sistema de cobro como éste, precisamente ha acentuado las características no competitivas detectadas por la SUTEL en el segmento prepago.

Como se indicó, el esquema de cobro por velocidad ha generado una competencia económica sana y leal entre operadores/proveedores que ha sido de beneficio para el usuario como agente económico, mientras que el esquema de cobro por descarga reduce el beneficio actual del usuario al devolver el poder de mercado de los operadores/proveedores, en procura de una mayor apropiación del excedente del consumidor por medio de la estrategia o competencia comercial.

Debido a las características oligopólicas de este mercado, es natural que los operadores-proveedores tiendan a ejecutar acciones cooperativas para aumentar sus utilidades económicas en conjunto. Esto se facilita en un mercado oligopólico como el descrito por la SUTEL donde se cuenta con un proveedor grande que actúa de forma independiente a las otras empresas y donde los otros competidores no son un contrapeso a las actuaciones de la empresa líder. La naturaleza de este mercado hará que el líder busque maximizar sus beneficios (como si fuesen un monopolio) y si el modo de cobro por descarga permite ese proceso, se establecerán estrategias para los usuarios de cobro por velocidad se trasladen al esquema de cobro por descarga, siendo que los otros competidores copiarán dicha práctica pues cuentan con incentivos económicos para ello, tal como sucede en el segmento prepago.

⁸ El gasto de los usuarios con tarifa plana es el rectángulo TP-E-QC-0 en la gráfica 3(A).

Lo anterior puede facilitarse si los operadores/proveedores no están en la obligación de seguir brindando los contratos por velocidad, una vez que, venzan los actuales, o que puedan incluir condiciones en los nuevos contratos por velocidad que resten su atractivo ante el usuario. Por tanto, de eliminarse la fijación tarifaria en la modalidad post-pago, existirá un incentivo para los operadores busquen trasladar a los usuarios de medio y alto consumo al esquema de pago por descarga. Este traslado sería posible si la SUTEL no establece, con absoluta certeza, la obligación de los operadores de continuar ofreciendo los contratos de adhesión por velocidad bajo las mismas condiciones actuales.

Sin embargo, con su propuesta, SUTEL no puede garantizar que el cobro por descarga llegue a ser una "opción más" a la orden del usuario, sino que, más bien, existe un alto riesgo de que la modalidad de cobro por velocidad desaparezca del todo. Con ello, además, la SUTEL no estaría cumpliendo con lo dispuesto por la Sala Constitucional en su resolución No.2014-16365 cuando le ordenó a esa Superintendencia:

"Garantizar que los operadores que brinden el servicio de Internet móvil en la modalidad post-pago en el país, ofrezcan a los usuarios tanto la modalidad de cobro por velocidad actual, como la modalidad por transferencia de datos u otra modalidad que conforme a las condiciones de mercado pueda implicar una combinación de las dos anteriores de forma que todos los modelos coexistan".

Al tenor de la propuesta en estudio, una vez que venzan los contratos de adhesión vigentes no existe garantía de que el esquema de cobro por velocidad, aunque se continúe ofertando, constituya una opción asequible al usuario. De esta forma, queda abierta la posibilidad de que en el mediano plazo no se ofrezcan dichos contratos, o su oferta se realice bajo condiciones nugatorias al usuario y que, finalmente, prevalezca únicamente el esquema de cobro por descarga.

Efectivamente, la propuesta de SUTEL, por sí misma, no garantiza a los usuarios que el esquema de cobro por velocidad y el esquema de cobro por descarga coexistirán de forma real en el mercado. Cabe indicar que esta Defensoría no ha encontrado en la propuesta alguna regulación que establezca expresamente la obligatoriedad de los operadores o proveedores de mantener en el tiempo la posibilidad de suscribir nuevos contratos post-pago con la modalidad de descarga por velocidad con las mismas o similares condiciones de los contratos vigentes actualmente.

Como puede observarse, lo que plantea SUTEL es la desregulación tarifaria absoluta, sin condicionamiento alguno, acción que no se deriva ni técnica ni jurídicamente del análisis contenido en el informe de grado de competencia para este mercado. Por tanto, en el caso en que el Consejo Directivo de la SUTEL acoja esta recomendación y elimine la fijación tarifaria en el segmento de telefonía móvil post-pago, considera esta Defensoría que en sentido técnico jurídico se estaría en presencia de uno o varios actos administrativos con vicios en su motivación, lo que nos permite hablar entonces, de una posible nulidad.



En concordancia con lo anterior, cabe reiterar la importancia de los elementos del acto administrativo, en este caso el fin, como requisito de validez de las actuaciones de la Administración. La Ley General de la Administración Pública establece:

“Artículo 131.- 1. Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás.
(...)3. La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder.”

Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado mediante resolución N° 101-1996, lo siguiente:

“Dentro de los requisitos de validez del acto administrativo está el fin...Por fin del acto se entiende en el Derecho Administrativo el objetivo perseguido a satisfacer por la Administración. Siempre deberá ser un fin público y específico en beneficio de la colectividad. El vicio del acto administrativo en el fin es desviación de poder. Por tal se entiende la falta de adecuación entre los móviles de la actuación administrativa y su fin. Todo acto administrativo debe ir revestido de un interés público. Si no lo tiene se incurre en desviación. Esto es abuso de poder, de derecho o de mandato”

Asimismo, en el tema de la nulidad de los actos administrativos, la Ley General de la Administración Pública establece que:

“Artículo 172.- El acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación”

Es decir, actuaciones posteriores de la Administración no subsanarán las irregularidades que llevan a esta Defensoría a considerar que las actuaciones en torno a la eliminación de la fijación tarifaria en el segmento post-pago de la telefonía móvil serían presuntamente nulas. En consecuencia, deberá posteriormente el Consejo de la SUTEL realizar las acciones tendientes a declarar la nulidad del acto descrito, de acuerdo a lo establecido por la Ley General de la Administración Pública.

“Artículo 174.-1. La Administración estará obligada a anular de oficio el acto absolutamente nulo, dentro de las limitaciones de esta ley”.

“Artículo 180.- Será competente en la vía administrativa, para anular o declarar la nulidad de un acto el órgano que lo dictó, el superior jerárquico del mismo, actuando de oficio o en virtud de recurso administrativo, o el contralor no jerárquico, en la forma y con los alcances que señale esta ley.”

A la luz de lo anterior, la Defensoría de los Habitantes, en el ejercicio tanto de su funciones en materia de control de legalidad de los actos de la Administración Pública, como en el ejercicio de su competencia para la defensa de los derechos e intereses de los habitantes, manifiesta su oposición a la propuesta de SUTEL de eliminar la fijación tarifaria para el servicio de telefonía móvil en su modalidad post-pago.

2. Revisión del informe sobre el grado de competencia en el mercado minorista de acceso residencial a Internet desde una ubicación fija

En el estudio referido al grado de competencia en el mercado minorista de acceso residencial a Internet desde una ubicación fija, la SUTEL concluye que no existe ningún operador o grupo de ellos con poder significativo. Sin embargo, el estudio señala que en la actualidad existe un operador, el ICE, que mantiene una cuota de mercado del 47 por ciento; además, se indica que dicho operador posee el control de instalaciones esenciales importantes para el ofrecimiento del servicio de Internet unido a una ventaja tecnológica sobre sus competidores que le proporciona la red de cobre. Asimismo, se señala que en el acceso residencial a ese servicio algunos cantones del país sólo disponen de un proveedor.

En relación con estos obstáculos que eventualmente constituyen una amenaza a la competencia, la SUTEL espera que, en corto plazo, la dinámica competitiva, los diluya o elimine paulatinamente, situación que sin embargo no se puede garantizar en el mediano plazo. Debido a esta situación, la SUTEL considerando que el mercado cuenta con diversos proveedores que compiten entre sí, que están verticalmente integrados y que, además, poseen una red de distribución y venta muy desarrollada; esto aunado a que no se detectan obstáculos importantes a la expansión de las operaciones de esos proveedores, constituyen indicadores suficientes para concluir que en el "Servicio minorista de acceso residencial a Internet desde una ubicación fija" ningún operador o grupo de ellos posee poder significativo, por tanto, ese mercado conforme a la normativa vigente, se encuentra en competencia efectiva.

Debido a lo anterior, la SUTEL recomienda a su Consejo Directivo que este mercado se elimine de la lista de mercados relevantes sujetos de regulación ex-ante en los términos de lo definido en los artículos 73 inciso i) y 75 inciso b) de la Ley 7593 y se deje de regular tarifariamente.

La Defensoría considera apresurada o prematura la declaratoria de competencia efectiva en este mercado, y que, si bien se observa una tendencia decreciente en la participación de mercado del regulador histórico, la misma ha sido posible por la regulación tarifaria realizada por la SUTEL desde que inició la apertura en este mercado.

En este caso, la eliminación de la fijación tarifaria producto de la declaratoria de competencia efectiva en este mercado podría degenerar en una reducción de la competitividad motivada por el afán de lucro de los operadores, más aún, el hecho de que un solo operador posea la mitad del mercado podría inducir prácticas de precios que hagan que este mercado desemboque en una situación similar al segmento de telefonía móvil prepago, donde el mercado se caracteriza por ser oligopólico de empresa dominante, y los demás participantes se ajustan a las políticas de precios y esquemas definidos por la empresa líder.

Por tanto, de forma similar a lo esperado en el caso de la telefonía móvil post-pago de eliminarse la fijación tarifaria en este mercado, existirá un incentivo para que los operadores busquen trasladar a los

usuarios de medio y alto consumo de Internet residencial a un esquema de pago por descarga, como forma de maximizar los ingresos de los operadores.

Este traslado sería posible si la SUTEL no establece, con absoluta certeza, la obligación de los operadores de continuar ofreciendo a las familias los contratos actuales por velocidad bajo las mismas condiciones vigentes. Sin embargo, con la declaratoria de competencia efectiva en este mercado, la SUTEL no podrá garantizar que se mantengan los actuales planes de uso y que esquema de cobro emigre hacia un cobro por descarga, desapareciendo las actuales condiciones de contratación de los usuarios con los operadores.

Unido a todo lo anterior, la Defensoría considera que la propuesta de declaratoria de competencia efectiva también debe ser analizada desde el punto de vista constitucional. En este sentido, según lo estableció la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución No. 2010-010627, la disponibilidad de Internet es un derecho fundamental de los costarricenses, de manera que cualquier acción administrativa que tenga por objeto restringir el uso de Internet o menoscabarlo, es inconstitucional.⁹

De esta forma, tal como se ha indicado en este documento, la propuesta presentada por la SUTEL no cumple con disposición de la Sala Constitucional, pues su implementación puede ocasionar que en el mediano plazo se limite la realización de efectiva de este derecho para los grupos de consumo medio y alto de Internet residencial en punto fijo. Asimismo, eventualmente se podrán ver limitados en el disfrute de este derecho fundamental los grupos de menor consumo, si en algún momento, dadas las circunstancias, su consumo aumenta por encima de los umbrales del bajo consumo actuales.

En el voto indicado, la Sala Constitucional manifestó que el derecho al uso de Internet: "está asociado a los derechos fundamentales a la comunicación y a la información, siendo que la denegatoria de otorgamiento del servicio de Internet, o cualquier limitación que se imponga a su uso, imposibilita el ejercicio de tales derechos". De acuerdo con la Sala Constitucional, a la luz de la sociedad de la información y del conocimiento, el derecho de todas las personas de acceder y participar en la producción de la información y conocimiento, se vuelve una exigencia fundamental, por ello tal **acceso efectivo** y tal participación deben estar garantizados a la totalidad de la población.

Además, ese Tribunal impuso al Estado la obligación de promover y garantizar, en forma **universal y efectiva**, el acceso de los ciudadanos a las nuevas tecnologías de información, dado que el acceso y uso de las mismas es en un instrumento básico para facilitar el ejercicio de derechos fundamentales como la participación democrática, la información, el control ciudadano, la educación, la libertad de expresión y de pensamiento, entre otros.

Debido a todo lo anteriormente expresado en este documento, la Defensoría de los Habitantes, en el ejercicio tanto de sus funciones en materia de control de legalidad de los actos de la Administración Pública, como en el ejercicio de su competencia para la defensa de los derechos e intereses de los

⁹ Resolución de las ocho horas y treinta minutos del 18 de junio de 2010, expediente No. 10-003560-0007-CO,



habitantes, recomienda al Consejo de la SUTEL mantener actual regulación tarifaria en el mercado minorista de acceso residencial a Internet desde una ubicación fija

En conclusión, mediante este escrito la Defensoría de los Habitantes recomienda al Consejo de la SUTEL mantener la regulación tarifaria para el segmento post-pago del mercado de telefonía móvil y no declarar en competencia efectiva el mercado minorista de internet residencial desde una ubicación fija.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para expresarle las muestras de mi más alta consideración.

Cordialmente,

Montserrat Solano Carboni
Defensora de los Habitantes de la República



Notificaciones: Al correo rmeza@dhr.go.cr

Fecha: San José, 8 de noviembre de 2016